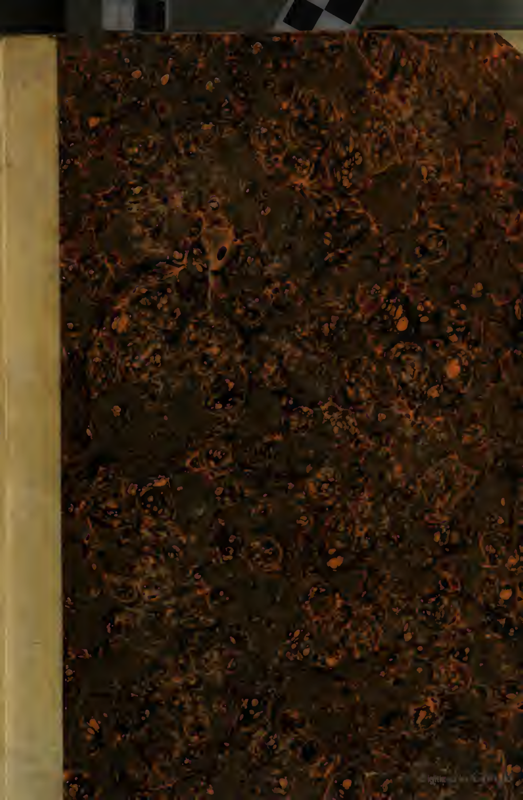


LE

DROIT CIVIL

EXPLIQUÉ

SUIVANT L'ORDRE DU CODE.

LE

DROIT CIVIL

EXPLIQUÉ

SUIVANT L'ORDRE DU CODE.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS

EN MATIÈRE CIVILE ET DE COMMERCE;

DU NANTISSEMENT,

DU GAGE ET DE L'ANTICHRÈSE;

OU

COMMENTAIRE DES TITRES XVI ET XVII, LIVRE III DU CODE CIVIL.

Par M. Troplong,

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION, MEMBRE DE L'INSTITUT, OFFICIER DE LA LÉGION D'HONNEUR.

ÉDITION AUGMENTÉE, EN BELGIQUE,

DE LA LÉGISLATION ET DE LA JURISPRUDENCE BELGES ET MISE EN RAPPORT AVEC LES ÉDITIONS DU PAYS.

BRUXELLES.

MELINE, CANS ET COMPAGNIE.

LIVOURNE. MÊME MAISON. | LEIPZIG. J. P. MELINE.

1848

PRÉFACE [1].

La contrainte par corps est la plus extrême rigueur du droit civil, de même que la peine de mort est le dernier degré de la sévérité pénale. Et comme on a douté de la légitimité de la peine de mort infligée au nom de la société, on a pareillement mis en question la légitimité de la contrainte par corps mise au service du droit public. Les lois, qui sont l'*ultima ratio* de la justice, soulèvent toujours des contradictions sur la limite exacte de leur pouvoir.

On a donc beaucoup discuté ces deux questions de la légitimité de la peine de mort et de la légitimité de la contrainte par corps. Elles ont surtout été à l'ordre du jour vers la fin de la restauration, époque de controverse et de critique, où la ferveur des idées libérales et les loisirs de l'esprit philosophique concçurent tant de réformes utiles, ou rêvèrent tant de nouveautés aujourd'hui suspectes. L'abolition de la peine de mort, l'abolition de la contrainte par corps, fournirent un vaste champ à la polémique des philanthropes, des publicistes, du barreau et des journalistes.

A l'heure qu'il est, on parle peu de ces deux thèses; elles sont venues s'éteindre dans les années qui ont suivi de près 1830. Les révolutions, qui à leur début font bouillonner les idées, finissent par les glacer. Rien n'est comparable au spectacle d'une société ébranlée, pour refouler les théories et mettre la prudence des peuples en garde contre les innovations.

En 1832, parut une loi sur la contrainte par corps [2]; loi désirée depuis 1817, préparée depuis 1828, élaborée par les hommes les plus éminents dans les deux chambres. Cette loi n'a rien changé que quelques détails secondaires à l'état de choses préexistant. Elle s'est bornée à des améliorations partielles, reculant devant la refonte radicale proposée par des esprits plus hardis. La contrainte par corps a échappé à cette épreuve dans laquelle il semblait, quelque temps auparavant, qu'elle devait périr. Je ne blâme pas la loi de 1832 de sa timidité. Nous ne sommes pas dans le siècle des idées absolues; ce sont les termes moyens qui jouissent de plus de faveur et qui donnent la solution du plus grand nombre de questions. Je sais qu'on dénigre beaucoup le juste milieu appliqué aux matières de gouvernement et de légis-

[1] Ce morceau historique a été lu à l'Académie des sciences morales et politiques. On consultera avec fruit les ouvrages suivants :

1° *De l'emprisonn. pour dettes*, par M. Bayle-Mouillard;

2° *Histoire de la contrainte par corps*, par M. Levieil de la Marsonnière;

3° *De la contrainte par corps*, par MM. Loubens et Bourbon-Leblanc.

[2] V. *infrà*, nos 354 et suiv., le commentaire que j'en donne comme appendice du Code civil.

lation, tout comme on raille l'éclectisme philosophique qui est le juste milieu appliqué à la recherche de la sagesse. Je n'ose pas affirmer qu'on a tort absolument. Mais je dirai qu'on a, du moins, le tort d'être plus avancé que notre société. Car sa tendance bien marquée est d'aspirer en tout à ce *medium moderatumque consilium* [1], dont la vieille sagesse a dit : *In medio virtus ;* ou bien : *Inter utrumque tene.* Si j'avais un reproche à faire à notre époque, ce ne serait pas sa préférence pour une vertu qui, quoi qu'on en dise, n'est pas autre chose que la modération enseignée par Aristote, Cicéron, Horace, etc., etc. ; c'est plutôt de ne pas se tenir toujours assez fermement dans cette ligne intermédiaire, dont il est plus facile de parler avec éloge que de suivre la trace avec discernement.

Quoi qu'il en soit, la suppression de la contrainte par corps était un de ces partis héroïques dont l'énergie convient peu à notre tempérament. Le législateur de 1832 l'a très-bien compris ; c'est pourquoi il s'est placé entre le crédit et la liberté, accordant aux craintes de l'un la contrainte personnelle, et aux plaintes de l'autre les adoucissements réclamés par l'humanité. Tel est du reste l'esprit de transaction qui depuis longtemps préside à la confection de nos meilleures lois. Nous l'avons fait ressortir souvent dans la rédaction du Code civil et dans les opinions émises par Napoléon dans les discussions du conseil d'Etat.

J'aimerais cependant une société qui pourrait se passer de la peine de mort et de la contrainte par corps. Je ne dis pas que la nôtre n'arrivera pas à ce degré de perfection. Je lui souhaite des mœurs assez fortes, un sentiment assez profond du devoir, un respect assez sincère de la religion et de la morale, pour n'avoir pas besoin de ces grands châtiments qui frappent l'âme d'une morne terreur, ou touchent le cœur d'une pitié involontaire pour la victime. J'ajouterai même que s'il fallait décider cette question d'opportunité par les émotions du cœur, nul ne serait plus vivement porté que moi à affranchir le débiteur et le coupable de ce pénible sacrifice de la liberté, et de cet autre sacrifice plus terrible et plus lugubre qui s'offre sur l'échafaud à la justice humaine. Toutefois, en interrogeant ma raison, je suis obligé de reconnaître que ni la peine de mort ni la contrainte par corps n'excèdent le droit de la société [2]. Après avoir sondé les profondeurs mystérieuses du pouvoir social, j'y trouve avec évidence ce droit de punir par le sang, ce droit de coaction sur la liberté, qui par ses expiations formidables ou par ses dures contraintes est, dans certains cas exemplaires, un effroi nécessaire pour le méchant, une sauvegarde publique, une garantie du crédit et de la propriété.

Mais nous reviendrons plus tard sur cette idée. Nous examinerons s'il est vrai, comme l'ont soutenu de consciencieux écrivains et d'éloquents orateurs, que la contrainte par corps soit immorale, illégitime, inefficace. Nous voulons avant tout rechercher ses antécédents, étudier son histoire, et montrer par quelles vicissitudes elle est arrivée jusqu'à nous si différente de la contrainte personnelle, telle que les âges barbares l'ont connue et impitoyablement pratiquée. D'autres pourront penser peut-être que c'est là un hors-d'œuvre peu nécessaire pour comprendre tels ou tels textes du Code civil. Je suis bien éloigné de ce sentiment. S'il m'est arrivé quelquefois de parvenir à la saine intelligence de certaines parties de notre droit, c'est toujours l'histoire qui a été ma principale lumière et mon plus utile secours.

Dans la logique du droit barbare, la personne répond corporellement, et en premier ordre, des engagements contractés. D'un côté, l'insolvabilité est assimilée à un

[1] Tit.-Liv., 2, 30.

[2] *Infrà*, n[os] 4 et suiv.

crime [1]. Le débiteur qui manque à sa foi en ne payant pas son créancier diffère peu du voleur [2]. En méprisant sa parole, il a méprisé les dieux qui en ont été pris à témoin [3]; son corps est donc engagé par un délit; il appartient à l'expiation. D'un autre côté, pour se faire payer sur les biens, il faut que le créancier saisisse avant tout la personne. Car le droit de propriété est un accessoire, une dépendance de l'état personnel et civil; il en suit les conditions; il ne peut périr par la puissance de la dette qu'autant que l'état civil du créancier a péri lui-même et que sa personne est tombée dans l'esclavage du créancier [4].

La civilisation suit un ordre inverse. La personne est moralement obligée, mais non pas corporellement engagée; l'engagement se reporte de la personne sur les biens, qui sont en première ligne la garantie réelle du créancier. Celui-ci a action pour les saisir, mais non pas pour saisir la personne. Car la liberté individuelle a encore plus de droits que l'obligation juridique n'impose de devoirs. D'ailleurs, la bonne foi se tient pour déliée quand elle a livré la propriété; elle ne se croit pas tenue d'y ajouter, en cas d'insuffisance, le sacrifice de la personne, qui, avant tout, appartient à Dieu, à l'État, à la famille, et constitue pour elle-même un patrimoine inaliénable. Il n'y a que dans quelques cas particuliers, et lorsqu'un grave intérêt public l'emporte sur un intérêt de liberté privée, que la loi accorde une mainmise sur la personne, et admet une responsabilité corporelle qui suspend pour un temps la liberté : concession immense et douloureuse, qui, par cela même, sera rarement demandée, et ne sera parcimonieusement accordée par un pouvoir humain que pour des nécessités d'un ordre exceptionnel!

La barbarie en juge autrement; elle croit et elle a toujours cru au droit de propriété de l'homme sur l'homme. De là à l'opinion qui attache à la dette les mêmes effets sur la personne que sur la chose il n'y a qu'un pas, qu'une conséquence à déduire [5]. La logique barbare l'a tirée avec son inflexibilité habituelle; elle l'a conduite jusqu'à la vente et la mise en servitude du débiteur, jusqu'au droit de vie et de mort sur sa personne.

Lorsque les Grecs allèrent demander à l'Égypte les lumières qui leur manquaient, ce droit régnait sur eux dans toute sa férocité; il leur était commun avec presque tous les peuples de l'Asie [6]; sans en excepter les Hébreux, qui, malgré la supériorité de leur législation, payèrent aussi le tribut à un préjugé universel, et contraignirent le débiteur insolvable par l'esclavage et la vente de sa personne, de sa femme et de ses enfants [7].

[1] *Infra*, n° 8.

[2] *Infrà*, n° 8.

[3] Mon comm. du *Prêt*, *Préface*.

[4] *Infrà*, n° 5. M. Levieil de la Marsonnière, p. 66. M. Bonjean, *Des actions*, t. 2, p. 547. Mon comm. des *Hypothèques*, t. 1, n° 2.

[5] « Cui nec pignora, vel hypothecæ, nec etiam » fidejussores in mundo sunt quos dare queat, huic » etiam aliquid restat, quod det, ut securum suum » creditorem reddat. Quid illud? Se ipsum dabit. » Apud antiquos, et jure et more, hoc etiam factum, » ut aliquis se pro credito obligaret. » Saumaise, *De modo usurar.*, c. 17, p. 748.

[6] » Per omnes Græciæ et Asiæ populos viguit » idem institutum. » Saumaise, ch. 18, p. 806, 807.

[7] V. dans saint Matthieu, XVIII, 23, la parabole du roi qui fait rendre compte à ses serviteurs : « Et ayant commencé de le faire, on lui en pré- » senta un qui lui devait dix mille talents. Mais » comme il n'avait pas le moyen de les lui rendre, » son maître commanda qu'on le vendît, lui, sa » femme et ses enfants, et tout ce qu'il avait, pour » satisfaire à cette dette.

» Cependant le maître, s'étant laissé fléchir, lui » fit remise de la dette.

» Aussitôt, ce débiteur ayant rencontré un de ses » compagnons qui lui devait 100 deniers, il le prit » à la gorge et l'étouffait presque, en lui disant : « Rends-moi ce que tu me dois. » Et son compagnon » se jetait à ses pieds, le conjurant... Mais il ne voulut pas l'écouter... *et le fit mettre en prison pour l'y* » *tenir* jusqu'à ce qu'il lui rendît ce qu'il lui devait.

» Les autres serviteurs avertirent le maître. Alors, » celui-ci l'ayant fait venir lui dit : « Méchant ser- » viteur, je vous avais remis tout ce que vous me » deviez, parce que vous m'en aviez prié; ne fallait il

Quant aux Grecs, la coutume primitive permettait au débiteur de s'obliger sous l'hypothèque de sa personne [1], et, s'il ne payait pas, il tombait, lui si fier de sa liberté et de ses priviléges de citoyen, il tombait au niveau d'une chose mise en gage; il était vendu comme un meuble, à moins que le créancier ne consentît à en faire son esclave [2]; il était rayé de la liste des citoyens [3]. Chose singulière! chez ce peuple qui défendait au soldat d'engager ses armes, au laboureur d'engager sa charrue, il était permis au soldat et au laboureur d'engager leur corps à la sûreté de la dette [4]. Si le créancier consentait à prendre le débiteur comme esclave plutôt que de le vendre [5], ce malheureux citoyen, déchu et dégradé, travaillait au profit de son maître jusqu'à ce qu'il eût éteint la dette [6]; alors seulement il revenait à la liberté et rentrait dans la cité [7].

La convention n'était pas le seul mode qui faisait tomber le débiteur sous la main du créancier devenu son maître; la condamnation judiciaire l'y conduisait pareillement, mais avec des effets plus sévères. Si le débiteur condamné par jugement à payer une somme d'argent n'exécutait pas la sentence en satisfaisant le créancier, celui-ci s'emparait de sa personne, et par cette saisie, à laquelle la violence présidait souvent [8], il acquérait sur son corps un droit de propriété [9]; il avait le pouvoir de le charger de chaînes, de le maltraiter, de le mettre à mort ou de le vendre [10].

Tel était le droit commun dans la Grèce des temps héroïques.

Solon, lors de ses voyages en Égypte, trouva dans cette contrée des idées fort différentes. Une loi de Bocchoris avait supprimé l'esclavage pour dettes et érigé en principe que le débiteur n'a de pouvoir que sur ses biens et non sur sa personne; qu'il peut obliger son patrimoine pour sûreté de ses obligations, mais jamais sa personne; que si les biens sont la propriété de l'homme, l'homme est la propriété de l'État. *Bona personarum esse*, dit Saumaise [11], *personas vero civitatum existimabat* [12].

Ce n'est pas qu'à une époque plus reculée,

» donc pas que vous eussiez aussi pitié de votre » compagnon? »

» Et le maître étant ému de colère le livra aux » mains des bourreaux jusqu'à ce qu'il payât tout » ce qu'il devait. »

Pour se faire des idées justes sur la portée de cette citation, il faut considérer que tous les serviteurs n'étaient pas esclaves chez les Hébreux, qu'il y avait des serviteurs libres, et qu'il paraît probable que celui qui, dans la parabole, avait été si sévèrement puni, était un serviteur de cette catégorie. En effet, on le voit contracter avec son maître, contracter aussi avec ses coserviteurs, ce qu'il n'aurait pu faire s'il eût été esclave.

[1] Saumaise, *loc. cit.*, p. 755 : « Corpus suum » oppignerantem debitorem similis eventus, si non » solveret, in corpore proprio consequebatur, ac si » rem etiam suam pignoris titulo obligasset... Ve- » nundabatur peregre, nisi in solutum eum mallet » accipere creditor, tanquam servum sibi addictum. » Hoc est quod dicit Plutarchus in Solone. » Il revient là-dessus p. 752.

[2] Saumaise, p. 752, 755.

[3] Saumaise, p. 754.

[4] Diodore, cité par Saumaise, *loc. cit.*, c. 17, p. 749.

[5] Saumaise, p. 752.

[6] *Id.* : « Insignis omnino locus, qui auctoritate » Philocori nititur, quo docemur, etiam ante Solo- » nem, cum mos obtineret ut in servitutem se da- » rent creditoribus debitores, ad operas corpore » præstandas, hoc nomen *σεισάχθεια* in usu fuisse, » ubi nimirum, persoluto ære alieno, hujusmodi » debitores hoc onus servitutis a se essent amoliti. » (P. 750, 751.)

[7] In libertatem postliminio revertebantur. P. 751. V. Saumaise, p. 753.

[8] Saint Matthieu, XVII, *loc. cit.*

[9] Saumaise, p. 756; et cette situation était plus rigoureuse que celle du débiteur qui, d'après la convention, devenait esclave du créancier.

[10] Barthélemy, t. 4, p. 416. Saumaise, p. 756 : « Licere eum torquere, male mulcare, pecunias » exigere, et quodcumque denique ei mali volue- » rint, indicta causa, facere posse, atque *etiam vel* » *occidere*. » V. aussi p. 758, 774, 785, 789. Saumaise a donné savamment le sens précis d'*ἀγώγιμος*, d'après Démosthènes.

[11] Traduit par M. Pastoret (Législ. des Égyptiens, XII, p. 240).

[12] Saumaise, *De modo usurar.*, c. 17, p. 749, 753, d'après Diodore, 2, 2, 79.

les mœurs égyptiennes aient eu le privilége d'ignorer cette responsabilité corporelle du débiteur, qui est pour ainsi dire innée chez toutes les nations non encore façonnées à la loi de l'équité. L'esclavage de la dette a eu aussi son règne en Égypte ; l'histoire nous apprend que Sésostris rendit un jour aux débiteurs qui peuplaient les prisons la liberté dont les créanciers les avaient privés [1].

Cette loi de Bocchoris n'est assurément pas étrangère à un progrès de l'humanité ; mais il ne faudrait pas non plus la détacher de ce despotisme théocratique qui abaissa si fort en Égypte l'indépendance de l'homme. L'État, voulant être maître du citoyen, repoussait avec jalousie un pouvoir qui limitait le sien.

Mais quand la mort avait émancipé le citoyen du joug de l'État, son corps, devenu la propriété exclusive de sa famille, pouvait être donné en gage pour la dette de ses héritiers. Malheur cependant au débiteur qui ne retirait pas ce gage précieux, et laissait au pouvoir d'autrui une tombe consacrée par les rites religieux les plus chers aux Égyptiens ! Il était infâme, et lui-même il était privé des honneurs de la sépulture [2]. Car lorsqu'un débiteur mourait sans payer ses dettes, le procès était fait à son cadavre, et une sentence terrible le déclarait privé des honneurs funèbres auxquels ce peuple superstitieux mettait plus de prix qu'aux vains honneurs de cette vie. Ce n'est que lorsque ses héritiers, devenus riches, donnaient satisfaction à ses créanciers, qu'alors la sentence était levée et qu'on faisait au défunt de tardives mais magnifiques funérailles [3].

Telle était la législation des Égyptiens, œuvre bizarre où le tombeau est dans le commerce et où les morts sont le gage des vivants !

C'était celle qui était toujours en vigueur lorsque Solon fut conduit en Égypte par ses voyages et ses études. Suivant Diodore [4], il fut frappé de l'idée de Bocchoris, et essaya de la transporter dans Athènes en l'accommodant aux besoins de cette république. Athènes était alors affligée par les maux de l'usure. Les dettes alimentaient la traite des esclaves, ou forçaient à l'expatriation d'infortunés citoyens [5]. La ville, divisée entre les pauvres et les riches, entendait répéter les cris sinistres de partage des terres et d'abolition des dettes. Une crise était imminente. Solon la conjura. Choisi pour arbitre par les deux partis, il refusa le partage des terres, mais il rompit les engagements serviles contractés par les débiteurs; il rappela les fugitifs « qui (pour » parler comme Amyot) avoient été si lon- » guement vagabonds qu'ils en avoient ou- » blié à parler le national langage athé- » nien ; et les autres qui estoient demeurés » au pays, en captivité de misérable ser- » vitude, il les délivra tous et affranchit. » Quant aux engagements à venir, quelle fut la portée de la décision de Solon ? Se borna-t-il à délivrer les débiteurs qu'il trouva corporellement engagés, laissant à l'ancienne coutume tous ses effets pour l'avenir [6] ? Ou bien voulut-il rendre une loi véritable, qui, plus puissante qu'un arbitrage, s'étendît au delà du présent ? Si cette loi fut rendue, quelles limites doit-on lui assigner ? N'eut-elle pour but que de prohiber les stipulations de gage personnel et le trafic de la liberté [7] ? ou bien, respectant la liberté des conventions, voulut-elle seulement retrancher de l'exécution des jugements rendus contre le débiteur les rigueurs inhumaines que nous avons décrites tout à l'heure ? ou bien, enfin, sa pensée fut-elle de saper du même coup tout ce qui entamait la liberté du débiteur, tout ce qui pouvait le placer dans la servitude du créancier [8] ? Ces questions sont

[1] Diodore, 2, 2, 54. Montesquieu, 20, 15.
[2] Diodore, 2, 2, 93.
[3] Diodore, 2, 2, 92.
[4] 2, 2, 79.
[5] Plutarque, *Vie de Solon*, 24.
[6] V. un doute à cet égard dans Saumaise, p. 749.
[7] Saumaise, p. 748, 749, 755. 789.
[8] V. Saumaise, p. 748, 749, 755, 789. Il faut

encore pleines de doute et d'obscurité [1], et je ne sais si Saumaise a réussi à dissiper *les ténèbres cimmériennes* qu'il reprochait à ses devanciers d'avoir laissé planer sur ce sujet [2]. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'après Solon, Miltiade, l'illustre vainqueur de Darius, n'ayant pu payer l'amende de cinquante talents à laquelle il avait été condamné par ses ingrats concitoyens, mourut dans les prisons d'Athènes comme un débiteur insolvable [3]; c'est que son fils Cimon partagea sa prison avec lui, et ne put en sortir que lorsque sa femme, craignant que la postérité de Miltiade ne s'éteignît dans les fers, divorça avec lui et épousa le riche Callias, à condition qu'il payerait la dette dont Cimon avait hérité [4]. Il est constant, en effet, que, jusqu'au temps de Démosthènes, l'emprisonnement pour les dettes du fisc resta le droit commun à Athènes, et l'on peut voir, dans le discours du célèbre orateur contre Timocrate, les raisons d'intérêt public, d'économie financière et de conservation qui lui faisaient considérer comme funeste à l'État toute mesure tendant à énerver un moyen de contrainte d'où dépendait à ses yeux le maintien de la foi publique, la solde de l'armée, la pompe des sacrifices, l'exactitude dans les engagements avec les alliés. Démosthènes nous apprend encore, dans son discours contre Apaturius, que, pour protéger le commerce d'Athènes, les lois permettaient de retenir en prison les débiteurs qui ne payaient pas aux négociants les sommes auxquelles ils avaient été condamnés par des sentences. Voilà donc bien des exceptions à la loi de Solon! Du reste, tout le monde s'accorde à reconnaître que, quelle que fût la portée de cette loi, elle ne s'étendit pas au delà du territoire athénien, et que l'esclavage pour dettes n'en fut pas ébranlé dans le reste de la Grèce [5].

Ce droit si profondément empreint dans les civilisations sur lesquelles nous venons de jeter un coup d'œil. Rome le connut dans ses premiers temps. Elle le formula avec cette dureté de cœur et ces froides et imperturbables déductions que le génie romain apporta dans l'organisation de l'État, de la cité, de la famille. Servius trouva le menu peuple écrasé sous le poids des dettes, faisant de la liberté son moyen de crédit, et payant par la servitude ce qu'il ne pouvait payer avec la chose stipulée. Il promit, avant d'être roi, d'abolir l'esclavage pour dettes, et de défendre la convention par laquelle le corps d'un homme libre était obligé comme un gage mobilier [6]. S'il est vrai que cette promesse fut tenue, ce qui ne paraît pas certain [7], sa loi ne fut pas de longue durée. La suite de l'histoire romaine nous montre l'esclavage pour dettes subjuguant le petit peuple au profit d'une aristocratie avare et cruelle. L'esclavage pour dettes a été pendant de longs siècles la lèpre de Rome. Il est né sur le sol italique (comme ailleurs) par ses racines propres; il s'y est fortifié par celles qu'il tirait des nations asiatiques et grecques, qui eurent avec Rome un lien commun d'origine. L'avidité des patriciens le retrempa; il fit partie de cet art politique, dans lequel ils furent des maîtres si savants, et qui organisa le prêt à intérêt en moyen de domination.

Mais voyons de plus près par quels moyens juridiques le débiteur tombait sous la main de son créancier. Il y en avait deux: le *nexum* et l'*addictio*, la convention et

---

voir Plutarque, *Vie de Solon*, et *contre l'usure*, Diodore. — Diogène Laërce.

[1] Montesquieu croit que Solon défendit toute aliénation quelconque de la liberté (nº 20, ch. 15). *Infrà*, nº 6. M. Pasturet (*Législ. des Athéniens*, ch. 9, p. 403) croit que Solon détruisit une loi de servitude, mais non pas une loi d'emprisonnement.

[2] « Quas res tenebris involverunt viri docti » non minoribus, quam quibus obruuntur Cimmerii. » (P. 756.)

[3] C. Nepos, *Miltiad.*, 7.

[4] *Id.*, *Vie de Cimon*, 1 et 2.

[5] Diodore, 2, 2, 79.

[6] V. son discours rapporté par Denys, IV, 11. Saumaise, p. 807. V. aussi Denys, V, 2.

[7] Saumaise, p. 807.

le jugement. C'est au fond le système de la Grèce ; mais les détails en sont différents ; ils méritent d'être étudiés dans leur originalité.

Quand on parle de la convention comme cause d'engagement de la liberté, la première idée qui se présente à l'esprit c'est de se demander comment il était possible que le citoyen romain, réputé, pour ainsi dire, sacré par les lois Porcia et Sempronia, ait eu le pouvoir de porter la main sur son état et de le diminuer par sa volonté [1]. Et l'on se rappelle alors les textes des lois et les discours des orateurs qui ont élevé la liberté au-dessus de toutes les conventions de l'homme. « *Conventio » privata,* disait le jurisconsulte Callistra- » te, *neque servum quemquam, neque » libertum alicujus facere potest* [2]. »

Si cependant il est une vérité de fait incontestable, c'est la vente fréquente que les hommes libres faisaient de leur personne [3]. La souveraineté de soi-même était considérée comme un droit naturel, et la rigueur logique qui conduisait ce droit jusqu'au suicide admettait à plus forte raison le pouvoir d'aliéner la liberté et le droit de cité. Cicéron établit en principe que, suivant la coutume des ancêtres, un citoyen romain peut abdiquer volontairement sa liberté et ses privilèges de citoyen [4]. Du temps des empereurs, un des jurisconsultes dont les écrits ont servi à la compilation de Tribonien, Marcianus, traite formellement de la manière de se mettre en servitude en se vendant [5] : « *Servi autem in dominium nostrum » rediguntur aut jure civili, aut gen- » tium : jure civili, si quis se major » viginti annis, ad pretium participan- » dum, venire passus est.* »

Et cet usage, malgré tous les axiomes de droit répandus dans les livres, malgré tous les aphorismes sur le prix infini de la liberté et l'inaliénabilité de la personne [6], cet usage subsista [7] jusqu'à l'empereur Léon qui défendit un tel abus de la volonté [8], triste et nécessaire effet de la misère. Quintilien cite l'exemple d'un fils pieux qui s'était vendu à un gladiateur, afin d'avoir de l'argent pour rendre à son père les honneurs de la sépulture [9].

C'est qu'avant la régénération chrétienne, ces belles maximes en l'honneur de l'inviolabilité de l'homme libre et du citoyen ne reposaient pas sur des notions d'équité généralement et profondément inculquées. Inspirées à ceux-ci par l'orgueil civique, à ceux-là par la résistance à l'oppression, à d'autres, plus éclairés que la multitude, par des sentiments d'humanité trop peu répandus, elles n'exprimaient chez les anciens que des vérités relatives et non pas ces vérités essentielles, ces grands principes de droit naturel que nous tenons pour immuables et sacrés. Aussi voyons-nous à chaque instant la dignité humaine en céder quelques lambeaux à des intérêts plus puissants. J'admire les jurisconsultes qui, comme Théophile [10] et Godefroy [11], se

---

[1] Argument de ce que dit Hotman, *Quæst. illustr.*, 16.

[2] L. 37, D., *De liberali causa. Junge* Diocl. et Maxim., l. 10, C., *De liberali causa* ; et Cicér., *Pro Cæcina*, c. 33 : « *Libertas adimi nullo modo potest.* »

[3] Saumaise, p. 859, 861.

[4] *Pro domo sua*, 29 : « Scilicet quum hoc juris » a majoribus *proditum sit, ut nemo civis romanus » aut libertatem aut civitatem possit omittere,* NISI » IPSE AUCTOR FACTUS SIT... *quia jus a majoribus nos- » tris... ita comparatum est, ut civis romanus liberta- » tem nemo possit* INVITUS *amittere... civitatem vero » nemo unquam, ulla populi jussu, amittet* INVITUS. »

[5] L. 5, § 1, D., *De statu homin.*

[6] Ulpien, l. 13, D., *Ad leg. Aquil.* : « *Dominus membrorum suorum nemo videtur.* » Caius : *Liberum corpus nullam recepit æstimationem.* L. 7, D., *De his qui effuderunt.* Paul, *Sentent.*, V. 1, 1.

[7] Voyez l. 5, C., *De liber. causa* (Alexandre), et les Inst. de Justinien, *De jure personor.*, § 4. Ulpien, l. 1, D., *Quibus ad libertat. proclam. non licet.* Pomp., l. 3, même titre. L. 7, D., *De liberali causa.*

[8] *Constit.* 59.

[9] Déclamat. 302. Ces ventes étaient fréquentes. V., dans la Collation des lois mosaïques, un texte d'Ulpien, tiré *De officio proconsulis* ; et Saumaise, p. 862, 864, 865.

[10] Sur les Instit., *De jure person.*, § 4.

[11] Sur la constit. 59 de l'empereur Léon.

sont mis l'esprit à la torture pour s'expliquer ces ventes d'hommes libres dont il est si souvent question dans les textes du droit romain [1]. Je suis bien plus surpris encore des doutes élevés à ce sujet par des auteurs graves, dont l'Allemagne considère les ouvrages comme classiques [2]. Faut-il donc fermer l'histoire des temps républicains, et oublier les misères de la décadence, et le tableau tracé par Salvien de ces hommes libres qui s'exilent de leur propre condition, et vont perdre dans le colonat volontaire leur propriété et leur liberté [3]?

Je sais que les interprètes n'ont admis en général ce droit de se vendre qu'avec certaines restrictions. Ils enseignent que la vente n'était valable qu'à la condition que le vendeur eût simulé l'état servile, et trompé par là l'acheteur de bonne foi [4]. Je dirai plus tard les doutes sérieux qui m'empêchent d'admettre cette interprétation. Mais, alors même qu'elle serait vraie, elle n'ébranlerait en rien le principe que nous attribuons au droit primitif de Rome. Car toutes ces limites apportées à l'abdication de la liberté, et enfreintes à chaque instant par l'usage, datent de l'époque impériale et des perfectionnements introduits par le contact de la philosophie. Je reconnaîtrai, si on l'exige, que sous les empereurs, sous Claude par exemple, à qui on attribue un sénatus-consulte relatif aux réclamations de l'état d'homme libre [5], on avait cherché à exciter, à favoriser ces réclamations qui rendaient à la république des citoyens perdus pour elle. Alors la vente de la liberté se montra avec des caractères odieux; on fut facile pour restituer contre leurs propres engagements ceux que l'infortune avait poussés à un acte désespéré; on ne ferma le retour à la liberté qu'aux hommes qui, à un état honteux de déconfiture, avaient joint le mépris de l'état de citoyen. Mais je serais fort surpris s'il en avait été ainsi dans l'âge aristocratique de Rome et à l'époque des grandes calamités occasionnées par l'usure [6]. L'esclavage volontaire se montre dans toutes les périodes barbares; il est universel dans les provinces romaines, en Asie, dans la Grèce, dans les Gaules, où César le rencontra sans l'abolir [7]. Nous le trouvons en pleine vigueur dans les premiers temps de l'histoire moderne; il verse des flots de sang libre dans les rangs serviles. Pourquoi en aurait-il été autrement dans cette Rome avare et insensible, qui ne tenait compte de la liberté que lorsqu'elle était accompagnée de la richesse? Si l'esclavage volontaire n'eût pas été primitivement enraciné dans ses mœurs, il n'aurait pas été besoin de tant d'efforts pour le combattre plus tard par des lois équitables et souvent impuissantes; nous ne le verrions pas, au déclin de l'empire, se réveiller au sein des misères publiques, plus hideux et plus déplorable que jamais.

Mais, après tout, s'il y a des doutes sur la vente de l'homme libre, y en a-t-il sur son droit de se mettre en gage? nullement, et Godefroy le reconnaît [8]. En effet, Paul [9] enseigne expressément que celui qui s'est donné en gage, avec connaissance de cause, n'est pas recevable à briser cet engagement. Ainsi, sous les empereurs, à l'époque des plus hautes lumières du paga-

[1] V. les tit. du Digeste et du Code *De liberali causa*, et encore, *Quibus ad libert.*

[2] V. le *Traité du droit de gage* de Schilling, traduit par M. Pellat, nº 210, note.

[3] V. la *Préface* de mon comm. du *Louage*.

[4] Cujas sur les questions de Paul, lib. 12, *Ad leg.* 4, *Quibus ad libert.* Consultez aussi ses *Recit. sol.*, sur ce titre du Code. *Junge* les commentaires des Institutes, *loc. cit.*

[5] Cujas, *loc. cit.*

[6] *Junge* Saumaise, *loc. cit.*; Niebuhr, t. 2, p. 374.

[7] De bello gallico, VI, 13 : « Plebs pene servorum habetur loco, quæ per se nihil audet et nullo adhibetur consilio. Plerique, cum aut ære alieno, aut magnitudine tributorum, aut injuria potentiorum, premuntur, *sese in servitutem dicant nobilibus. In his eadem omnia sunt jura quam dominis in servos.* »

[8] Sur la constit. 59 de Léon.

[9] L. 23, § 1, D., *De liberali causa.*

nisme, il est de principe et de pratique que l'homme peut se mettre en gage (*pignori se dari passi sunt*) [1]. Et, dans cet état, il ne lui est pas permis de réclamer sa liberté (*denegatur ad libertatem proclamatio*) [2]. Gardons-nous dès lors de le confondre avec celui qui n'a fait que louer ses services. Ce dernier est libre. Mais l'homme qui s'est donné en gage a diminué sa liberté; il est semblable à l'esclave; il est mis sur la même ligne par le jurisconsulte [3].

Certes, on ne fera pas au droit aristocratique de Rome l'honneur de penser qu'il a été plus humain que celui des empereurs. Il faut donc s'attendre à y trouver le gage de la personne, comme nous l'avons vu régner en Grèce avant Solon. De là les *nexi*, dont il est si souvent question dans l'histoire romaine; de là ces débiteurs réduits par les contrats de prêt et d'engagement corporel au lamentable état décrit par Tite-Live.

Quand un débiteur avait inutilement épuisé ses ressources pour payer son créancier, quand la vente du champ paternel était insuffisante pour acquitter ce qui était dû pour le capital aussi bien que pour les intérêts (plus forts presque toujours que le capital), alors il obligeait son corps, et soldait avec ce gage vivant une dette écrasante. Cette progression de la dette, qui, semblable à un ulcère, ronge d'abord le patrimoine du débiteur, et pénètre ensuite jusqu'à son corps, est décrite par Tite-Live avec une effrayante énergie [4]. Dans les premiers siècles de la république, c'est surtout par là que les patriciens conservèrent leur puissance sur la classe plébéienne. Riches tandis que le plébéien était pauvre; augmentant leur fortune par la guerre tandis que la guerre ruinait le plébéien, ils faisaient état de prêter à intérêt aux citoyens pressés par le besoin. Mais ils n'exerçaient pas ce métier en usuriers vulgaires; une profonde politique présidait à leur industrie; et la noble ambition de gouverner Rome selon leurs vues y tenait autant de place que l'avarice. La dette était le grand moyen de manier les esprits, de tenir le peuple à distance, de concentrer la force dans les mains de cette haute et sévère aristocratie, à qui avaient été confiés les secrets de la religion et de l'État et l'avenir de la patrie. Un instant cependant, les premiers consuls, voulant rendre plus populaire l'expulsion des Tarquins, songèrent, comme Servius, à abolir l'esclavage pour dettes [5]. Mais, la peur des Tarquins passée, on en revint au vieux droit [6]. Les patriciens avaient un trop grand intérêt au *nexum*, à ce contrat qui, après l'absorption du patrimoine du plébéien, mettait dans leurs mains sa personne et sa liberté. Les engagements étaient si nombreux qu'un vaste réseau tenait presque toute la classe plébéienne enlacée, et il était à craindre qu'en pressant les conséquences inévitables des prêts, on n'arrivât à l'expropriation et à la servitude de la moitié du peuple. Mais quand le droit conduit à de pareils résultats, il cesse d'être le droit, et la révolte est le triste correctif de ses prétentions absolues.

Pour savoir si les séditions populaires de Rome eurent une cause sérieuse, il faut se faire une idée exacte des *nexi* et de ces engagements qui exercèrent une si grande influence sur la condition des plébéiens et sur les troubles civils de la république [7].

---

[1] Dans la même loi, il est question de l'usufruit d'un homme libre. Je reviens plus bas là-dessus.

[2] Cujas voudrait qu'on lût : *Non denegatur*, sur le liv. 30. *Pauli ad edict.*; mais c'est deviner. Voyez *infrà*.

[3] Loi précitée.

[4] II, 23 : « Æs alienum fecisse; id, cumulatum « usuris, primo se agro paterno avitoque exuisse; « deinde fortunis aliis. Postremo velut tabem, per« venisse ad corpus. Ductum se a creditore, non in « servitium, sed in ergastulum et carnificinam « esse. » Plus tard, le même fait se réalise : *Sorte ipsa obruebantur inopes, nexumque inibant.* Tit.-Liv., VII, 19.

[5] Denys, V, 2.

[6] Tit.-Liv., II, 21.

[7] V. M. Niebuhr, t. 2, p. 367 et suiv.; M. Zimmern, *Traité des actions*, § 14; M. Bonjeau, *Des*

Des savants du premier ordre, tels que Saumaise et Niebuhr, ont porté sur ce sujet les lumières de leur vaste érudition. Mais le premier n'était pas assez jurisconsulte [1], et le second avait trop de goût pour les témérités scientifiques. Il faut profiter de leurs recherches, il ne faut pas s'en rendre esclave.

Et d'abord, le *nexus* était ainsi appelé à cause du contrat solennel qui présidait à son engagement. Le *nexum*, dans l'acception primitive, était le nom générique de tous les agissements contractés *per æs et libram* [2]. Il ne faut pas croire qu'il soit synonyme de gage. Si, dans la langue du Digeste, il est quelquefois pris en ce dernier sens [3], d'autres fois aussi il est employé comme désignant des obligations fort différentes du gage, et, par exemple, l'obligation de livrer une chose vendue [4]. Je le répète : sa signification originaire, c'est toute espèce d'agissement célébré par la balance et la pièce d'airain. Justinien en fait mention en ce sens dans une de ses constitutions [5].

Mais, tandis que la plupart de ces agissements prirent un nom propre, tiré de leur objet et de leur but, le nom de *nexum* resta à l'agissement du débiteur qui se donnait à son créancier avec la cérémonie de la balance et de la pièce de monnaie [6]. Les débiteurs ainsi obligés et livrés s'appelaient *nexi* [7]. Nous ne savons pas les paroles sacramentelles qui étaient prononcées pour former ce contrat. Cette lacune est regrettable ; car c'est le formulaire du droit primitif de Rome qui fournit les plus curieuses révélations sur son esprit. Mais, à défaut de ces paroles sacramentelles, nous connaissons, par une définition de Varron, le sens du contrat qui faisait un *nexus*. On appelle *nexus*, dit cet auteur, l'homme libre qui donnait ses travaux, comme un esclave, pour la somme d'argent dont il était redevable, et qui les donnait jusqu'à parfait payement : « *Liber qui suas operas in servitute, pro pecunia quam debebat, dabat dum solveret,* NEXUS *vocatur* (*ut ab ære obæratus*). *Hoc C. Pœtelio auctore sublatum ne fieret, et omnes qui bonam copiam ejurarent, ne essent nexi, dissoluti* (8).

Le *nexus* conservait donc la qualité d'homme libre. Bien que la mancipation, c'est-à-dire la cérémonie de la balance et de la pièce d'airain, le fît entrer dans le domaine du créancier, il n'y entrait pas en esclave proprement dit ; il restait libre. De même que le fils de famille, quoique placé dans le domaine de son père (*in potestate*), avec des conditions qui ressemblent à la servitude, était cependant une personne libre à l'égard de tous autres ; de même que la *manus* laissait à l'épouse le noble caractère de femme libre, bien qu'à l'égard de son mari elle fût dans une dépendance qui la

---

actions, § 161. M. Schilling, *Traité du droit de gage*, § 210 (note), trad. de M. Pellat, ne peut croire que le *nexum* ait consisté dans un engagement que le débiteur faisait lui-même de sa propre personne par mancipation, et en vertu duquel il aurait passé avec sa famille et ses biens sous le *mancipium* du créancier. Il s'appuie sur ce que rien, dans les sources, n'indique qu'un homme libre ait jamais pu se manciper lui-même et se placer ainsi dans le *mancipium* d'un autre. Il invoque M. de Savigny. A mon avis, ce sentiment est marqué par une absence complète d'intelligence historique.

[1] Il s'en vante souvent.

[2] Festus, vº *Nexum*. Cicér., *Topic.*, 5, 28 ; *De oratore*, 3, 40 ; et *Pro Cæcina*, 35. Varron, VII, 105. V. la loi des 12 Tables ; Cujas, paratitl. sur le tit. du C. *De usucapione transf.* : « *Nexus generaliter dicitur* quæcumque fit *datio, obligatio, vel liberatio per* « *æs et libram.* »

[3] Ulp., l. 1, § 4, D., *Ne vis fiat in possess.*

[4] Ulp., l. 26, § 7, D., *De cond. indebit.*

[5] *De usucap. transf.*

[6] « *Nam etsi unciario fœnore facto levata usura* « *erat, sorte ipsa obruebantur inopes,* NEXUMQUE INIBANT. » (Tit.-Liv., lib. VII, nº 19.) Et ailleurs : « *Papirius is fuit, cui quum se Publilius, ob æs alie-* « *num paternum, in nexum dedisset*, etc. » (Tit.-Liv., lib. VIII.)

[7] « *Propter domesticam ruinam et grave æs alie-* « *num, C. Plotio* NEXUM *se dare coactum.* » (Val. Max., VI, 9.) — « NEXI *vincti solutique, se undique* « *in publicum proripiunt.* » (Tit.-Liv., lib. II, nº 23.)

[8] *De lingua latina*, VII, 105.

rapprochait de la chose; de même le débiteur *nexus*, ce débiteur entré par la mancipation dans le domaine quiritaire du créancier, conservait, en face de la société, sa qualité d'homme libre. Mais, à l'égard de son créancier, il était *in servitute!* Notons bien ceci. S'il eût été esclave dans la signification propre du mot *servus*, il aurait été, à l'égard de tous, un homme déchu, sans capacité civile, sans liberté. Telle n'était pas sa situation. Les tiers ne pouvaient pas voir en lui un esclave; il avait toujours le droit de se compter au nombre des hommes libres; il était capable du service militaire [1]; ce n'est qu'entre lui et son créancier que sa position tenait de celle de l'esclave. En un mot, il n'était pas esclave dans un sens absolu, il ne l'était que dans un sens relatif: nuance que la langue latine rendait à merveille en se gardant bien d'appliquer au *nexus* la qualification excessive de *servus*, mais en disant de lui qu'il était *in servitium* ou *in servitute* [2]. Cette discrétion et cette subtilité de langage se rencontrent plus d'une fois dans le droit romain [3].

Puisque le but du contrat était de procurer au créancier les avantages de la propriété dominicale sur son débiteur, il s'ensuit que ce dernier lui était livré [4], qu'il entrait dans sa maison [5]; que là, sous son commandement, sous sa surveillance [6], il travaillait pour lui. C'est, en effet, ce qui avait lieu habituellement. Ses travaux étaient ceux de l'esclave domestique. L'aventure du jeune Publilius, sur laquelle nous reviendrons tout à l'heure, prouve que le *nexus* habitait sous le toit du créancier, et qu'il passait sous son autorité pour éteindre, par les travaux de l'esclave, le capital et les accessoires de la dette. Cette situation, du reste, n'était pas un obstacle au service dans les armées. La guerre ne profitait qu'aux patriciens [7]. Ils avaient intérêt à la soutenir en faisant enrôler leurs *nexi*. C'est à quoi faisait allusion la multitude ameutée contre Appius, lorsqu'elle déclarait que Rome n'aurait pas un soldat tant que la liberté ne serait pas rendue aux débiteurs; car elle voulait bien se battre pour la patrie, mais non pas pour des maîtres [8].

Mais cette autorité allait-elle jusqu'à pouvoir vendre le *nexus* comme on aurait vendu un esclave? Je n'en vois pas d'exemple. Le débiteur n'entrait dans le domaine du créancier que pour y travailler comme un esclave et avec la condition de se racheter. Le droit de vente eût excédé les limites convenues.

Au surplus, il ne faut pas s'étonner de notre observation. L'épouse, que la *manus* avait fait passer dans le domaine quiritaire de son mari, ne pouvait non plus être vendue [9].

Quant au *nexus*, il n'en éprouvait pas moins un *capitis deminutio* [10]. Il entrait dans le *mancipium* du créancier avec sa famille et ses biens, ainsi que cela avait lieu dans l'adrogation et la *conventio in manum*. Il fallut une sédition populaire pour arracher l'édit en vertu duquel le consul Servilius défendit aux créanciers, pendant la campagne contre les Volsques,

---

[1] Tit.-Liv., II, 24. Les esclaves n'y étaient pas admis. (Val. Maxime, VII, 6, 1.)

[2] Tit.-Liv., II, 23 : *Aliud servum esse, aliud servire.* » *Junge* Quintil., lib. 5, c. 10.

[3] Par exemple l'*in bonis*, pour exprimer une situation qui n'était pas celle d'un propriétaire plein et absolu. Être *in libertate*, ce n'était pas être libre. Ceux qui étaient affranchis *inter amicos* n'étaient qu'*in libertate* (Quintil., *Décl.*, 311). Saumaise, p. 877.

[4] Valer. Maxim., VI, 1, 9 : « *Propter domesticam ruinam et grave æs alienum*, C. Plotio *nexum* » SE DARE *coactus.* » Festus, V : « *Deminutus capite* » *appellatur qui liber alteri mancipio* DATUS EST. »

[5] Fremebant (nexi) se foris pro libertate et imperio dimicantes, *domi a civibus captos et oppressos esse.* (Tit.-Liv., II, 23.)

[6] *Jus retinendi* (Tit.-Liv., II, 24.)

[7] Tit.-Liv., II, 24 : *Penes quos præmia essent.* »

[8] Libertatem unicuique prius reddendam esse, quam arma danda ; *ut pro patria civibusque, non pro dominis pugnent* (Tit.-Liv., II, 28).

[9] V. mon *Influence du christianisme sur le droit romain.*

[10] Festus, V, *loc. cit.*

de retenir en gage les enfants et les petits-enfants du débiteur [1]. Par le même édit, Servilius garantit que les biens des soldats *nexi* ne seraient ni possédés ni vendus par les créanciers tant que durerait leur service contre les Volsques. M. Niebuhr a très-bien fait remarquer que cette extension de l'obligation du père aux enfants en puissance dut être la cause de nombreuses émancipations [2].

Mais ce n'est pas avec le même discernement que cet historien a avancé que le *nexus* ne passait à l'état d'esclave de fait, et n'éprouvait de diminution d'état, que lorsqu'à son obligation venait se joindre une sentence du préteur qui le livrait à son créancier. M. Niebuhr prend son point de départ dans cette idée que, tant qu'il n'était intervenu entre le créancier et le débiteur qu'un contrat de mancipation, le *nexus* n'entrait pas dans la possession du créancier; car la mancipation toute seule ne donnait pas la possession [3]. Il ne passait dans la possession du créancier que lorsque, la dette n'étant pas payée à l'époque convenue, ce dernier le revendiquait devant le préteur et s'en faisait adjuger la possession, comme conséquence du droit qui lui avait été antérieurement acquis par la mancipation [4]. C'était alors seulement que le *nexus* tombait de l'état d'homme libre: c'était alors seulement qu'il trouvait dans les mains de son maître les chaînes, les punitions corporelles et toutes les misères de l'esclavage [5]. Mais auparavant il était libre, quoique *nexus;* il restait en possession de lui-même; aucune contrainte ne pouvait s'appesantir sur lui [6].

Ce système est inadmissible. C'est à peu près comme si M. Niebuhr voulait transporter dans le droit romain cette théorie du droit moderne, d'après laquelle la convention du débiteur de se soumettre à la contrainte personnelle ne peut servir de cause à la saisie de sa personne que lorsqu'un jugement a permis de l'appréhender au corps. A Rome, il n'en a jamais été ainsi, et il n'était pas nécessaire d'une sentence du préteur pour que le débiteur entrât dans la possession effective du créancier. Sans aucun doute, il sera arrivé souvent que le débiteur se sera soustrait à la mainmise du créancier; alors il aura fallu un jugement pour le lui restituer, et ce jugement aura fait du débiteur un *addictus,* et non plus un *nexus*. Quelquefois aussi probablement le créancier aura usé, à l'égard de son *nexus,* de l'appréhension manuelle, appelée *injectio manus* extrajudiciaire [7], pour le placer sous sa puissance et le conduire dans sa maison [8]. Mais, en thèse ordinaire, il n'est pas vrai de dire, avec M. Niebuhr [9], que le non-payement à l'échéance donnait lieu à une décision du préteur qui convertissait le *nexum* en *addictio*. D'après la règle générale, le débiteur se livrait lui-même soit au moment du contrat, soit à l'époque convenue ultérieurement; il se livrait lui-même, disons-nous, parce que le but du créancier était d'avoir un gage dans sa main et non une promesse de gage: parce que la nature du contrat était de procurer au créancier une sûreté corporelle et actuelle, et non pas une espérance sujette à être trompée; parce qu'enfin les parties voulant en premier ordre que la dette fût payée par le travail servile, ainsi que nous l'apprend Varron, la tradition était la conséquence nécessaire de cette volonté. Aussi, le mot

---

[1] Tit.-Liv., II, 24 : « *Ne quis... liberos nepotes-* » *que ejus moraretur.* » *Junge* Denys, IV, 29.

[2] T. 2, p. 380, 381.

[3] Caius, II, 204; IV, 131; *Fragm. vatic.*, 313.

[4] M. Bonjean a très-clairement exposé ce système, qu'il adopte, § 161; M. Zimmern suit aussi M. Niebuhr, § 45.

[5] M. Niebuhr, p. 378.

[6] *Ib.*, p. 379.

[7] Zimmern, § 44.

[8] Voilà probablement pourquoi nous voyons dans Tite Live (II, 23) : *Ductum a creditore.*

Cette *injectio manus* extraordinaire appartenait au maître pour remettre son esclave sous sa puissance (Tit.-Liv., III, 44), au père sur son enfant, au patron sur l'affranchi (Quintilien, VII, 7).

[9] P. 374, note 482, et p. 378.

nexus est-il proprement le nom du débiteur qui, par suite de la convention, s'est mis dans la possession et sous la main du créancier [1], et ce mot de *nexus* réveille presque toujours l'idée de débiteurs livrés, et vivant dans la possession de leurs créanciers. C'est ce que nous voyons à chaque pas dans les événements de l'histoire romaine qui mettent en scène les *nexi*. Lors des débats suscités par les rogations liciniennes, les tribuns du peuple disaient des patriciens : « Se plaisent-ils donc à voir le peuple écrasé par l'usure et livrant son corps aux chaînes et aux mauvais traitements? » *An placeret, fœnore circumventam plebem potius, quam sorte creditum solvat, corpus in nervum ac supplicia* DARE [2]? Lorsque Tite-Live et Valère Maxime racontent l'histoire de ce jeune et pieux Romain qui s'était engagé à un patricien pour payer les dettes de son père, ils disent : « *Cum se, ob alienum æs paternum* DEDISSET [3] ; » ou bien : « *Propter domesticam ruinam et grave æs alienum,* NEXUM SE DARE *admodum adolescentulus coactus esset* [4]. » Et la suite de l'anecdote prouve que, par cette dation de soi-même, il était entré dans la possession de ce maître impudique. Il n'est donc pas vrai de dire que les *nexi* n'étaient liés que par un engagement non encore réalisé. Les *nexi* sont aussi les débiteurs livrés à leurs créanciers, et vivant dans la possession de ces derniers pour y travailler aux travaux des esclaves [5] : débiteurs dont la personne offre ce mélange de la liberté et de l'esclavage que nous signalions il n'y a qu'un instant; hommes libres de droit, mais esclaves de fait, libres à l'égard de la société, esclaves à l'égard du créancier, tenant le milieu entre le citoyen pleinement libre et le malheureux pleinement esclave.

Quand le *nexus* avait à obéir à un maître humain, il était exempt de chaînes; il s'occupait à son travail sans liens qui gênassent sa liberté corporelle [6]. Tite-Live en donne des exemples [7]. Mais combien de fois aussi, dans les tableaux que cet historien éloquent nous a laissés des luttes des patriciens et des plébéiens, les *nexi* n'apparaissent-ils pas livrés à la plus dure oppression dans la maison de leurs créanciers devenus leurs bourreaux, renfermés, chargés de chaînes [8], frappés de coups, tourmentés par d'horribles tortures, comme s'ils eussent été conduits dans des boucheries [9]! C'était un *nexus* que ce brave centurion qui, échappé à la contrainte de son créancier, montrait au peuple frémissant sur la place publique ses épaules déchirées par les coups de fouet [10]. A ce portrait, ne dirait-on pas d'un esclave acheté au marché, avec le droit de correction exemplaire et jusqu'à extinction [11]? Ainsi, le droit de faire travailler les *nexi* entraînait le droit de les châtier, et les châtiments, si l'on en croit les plaintes des plébéiens, n'avaient pas de limites.

---

[1] V., par exemple, Tit.-Liv., II, 27. Après la campagne qui avait donné lieu à une suspension des contrats de nexion, on voit les anciens *nexi* rentrer dans la possession de leurs créanciers : « *Deinceps et qui ante* NEXI *fuerant, creditoribus trade- » bantur et nectebantur alii.* » Ceux qu'il appelle *nexi* étaient ceux dont on avait pris la possession.

[2] Tite-Live, VI, 36.

M. Niebuhr prétend qu'il s'agit ici d'une *addiction*. Je crois que c'est une erreur. Le mot *dare* indique un acte volontaire, un *nexum*. Ce n'est que dans la phrase suivante que les tribuns, voulant englober dans leur peinture toutes les misères du peuple, ajoutent à la mention des débiteurs *nexi* celle des débiteurs *addicti*, et poursuivent en ces termes. « *Et gregatim quotidie de foro addictos duci, » et repleri vinctis nobiles domos.* »

[3] Tit.-Liv., VIII, 28.

[4] Valer. Maxim., VI, 1, 9.

[5] V. la *Préface* de mon commentaire du *Prêt*. Je cite un passage de Denys qui se combine à merveille avec la définition de Varron.

[6] Saumaise, p. 817 et 840.

[7] Tit.-Liv, lib. II, 23.

[8] II, 24. On voit que quelquefois le *nexus* était tenu *vinctum aut clausum*.

[9] « *Ductum se a creditore non in servitium, sed » in ergastulum et carnificinam esse.* » (Tit.-Liv., II, 23.)

[10] « *Inde ostentare tergum fœdum recentibus ves- » tigiis verberum.* » Lib. I, 23.

[11] Saumaise, p. 822.

Maintenant, rappelons-nous ce que nous a dit Varron de la condition apposée au *nexum,* savoir, que la servitude finirait lorsque la dette serait payée, « *dùm solveret.* » Le domaine quiritaire du créancier n'acquérait donc le débiteur que sous une condition résolutoire innée. Malgré le principe rappelé par Papinien, que les actes légitimes, tels que les mancipations, ne peuvent être soumis à des délais et des conditions [1], il est certain que, dans une foule de cas, la mancipation était résoluble par suite des conventions qui avaient présidé à sa naissance. Le gage dans les temps primitifs, ne se contractait pas autrement que par la mancipation de la chose, c'est-à-dire par le transport de la propriété au créancier, accompagné d'un contrat de fiducie, d'une promesse par laquelle ce même créancier s'engageait à rendre au débiteur la propriété quand il serait désintéressé [2]; c'est ce que Boèce appelle *mancipatio fiduciaria* [3]. Nous voyons aussi dans Caius le père vendre son fils par une mancipation, avec condition de le lui remanciper [4].

Cette circonstance, que l'acquisition du débiteur par le créancier pouvait avoir un terme probable, et que l'espérance d'un retour à la liberté en était inséparable, est vraisemblablement une de celles qui ont fait dire à Varron que le créancier ne faisait pas le débiteur sien par le *nexum* [5]. Il a pu être frappé aussi des restrictions qui, sous beaucoup de rapports, affectaient cette acquisition du débiteur *per æs et libram.* Je ne nie pas ces restrictions; elles sont évidentes. Il faudrait que le *nexus* eût été esclave pour que le créancier ait eu sur lui ce droit absolu qui caractérise le plein domaine quiritaire de l'homme sur la chose. Or, le *nexus* n'était pas réellement esclave, il n'était qu'*in servitute*. Mais ce qui me paraît certain, c'est que Varron fait un jeu de mots ridicule quand il s'imagine que *nexum* vient de la réunion et de la contraction des mots NEC QUOD SUUM [6].

Lorsque le débiteur était libéré par le payement de la dette, il s'appelait *dissolutus* [7]. Comment s'opérait cette dissolution du lien qui le retenait *in servitute?* Fallait-il une manumission? Cette manumission ne laissait-elle pas subsister les traces de la servitude du débiteur en lui imposant le titre de *quasi libertus* [8]? Pour résoudre ces questions, on invoque le fait narré par Tite-Live d'un débiteur chargé de fers et libéré par Manlius, *per æs et libram* [9]. Mais la citation est peu concluante. Le principal personnage mis en scène par l'historien, et délivré par l'ambitieux Manlius, est un centurion *addictus*, et non pas un *nexus*. Ce qui est plus décisif, c'est que le *nexus*, étant entré dans le *mancipium* du créancier, n'en pouvait sortir que par une remancipation, c'est-à-dire par l'affranchissement, suite de la fiducie originaire [10].

Maintenant, revenons à l'histoire.

La querelle des dettes prenait à Rome les faces les plus diverses. Tantôt c'était pour le taux des usures que les débiteurs s'agitaient; tantôt c'était le traitement subi par les obérés qui enflammait le peuple de colère. Lorsque la sédition avait obtenu des lois d'abolition et des réglements restrictifs du montant de l'intérêt, elle s'en prenait à

[1] L. 77, D., *De regulis juris.* Cujas sur cette loi, lib. 28, *Quæst. Papin.*

[2] Caius, II, 59 et 60. Isidore, *Orig.*, V, 25. Boèce sur les *Top.* de Cicéron, IV. Varron, VII, 105, *De lingua latina.* M. Pellat, *Du droit de gage.* § 209. M. Ortolan, p. 205 et 1117.

[3] *Loc. cit.* V., sur le contrat de fiducie, Paul, *Sent.*, II. 13, § 1 et suiv.

[4] I, 140.

[5] *Nam ideo quod... neque suum fuit, inde nexum dictum.* VIII, 105.

[6] *Nec quod suum fit, inde nexum dictum. Loc. cit.*

[7] Tit.-Liv., VIII, 28. Varron.

[8] M. Zimmern, § 45. M. Bonjean, § 161.

[9] VI, 14. Mon comm. du *Prêt, Préface.* Saumaise, p. 826.

[10] M. Zimmern, I, § 45. *Junge* arg. de la Collat. des lois mosaiq. et rom., t. 2, n° 3 : « *Per hominem* » *liberum noxæ deditum si tantum adquisitum sit,* » *quantum damni dedit, manumittere cogendus est a* » *pretore qui noxæ deditum accepit. Sed fiduciæ ju-* » *dicio non enetur.* »

la rigueur que le droit de Rome faisait peser sur le débiteur pour obtenir le payement du capital [1]. Tout était rude, en effet, dans le sort des débiteurs; tout était un sujet de misères et de plaintes. Le peuple était accablé : *Totam plebem ære alieno demersam esse* [2]. Et quand les esprits conciliants proposaient des mesures équitables en faveur des *nexi*, la hauteur patricienne refusait de les admettre [3]. Alors venaient les révoltes; des concessions étaient arrachées. Mais le mal restait, profond et tenace. Il désolait la classe plébéienne et réduisait le peuple à une liberté nominale.

Un jour cependant, un de ces faits odieux, auxquels la patience la plus résignée ne résiste pas, vint porter au comble et légitimer l'indignation populaire. Publius, tribun militaire, qui avait appartenu à la malheureuse armée des Fourches Caudines, avait laissé un fils [4]. Ce jeune homme, nommé Publilius [5], n'ayant pas d'argent pour célébrer les funérailles de son père, en emprunta à intérêt; il espérait que la libéralité de ses proches lui permettrait de le rendre; mais, trompé dans son attente, il fut réduit à se faire le *nexus* de L. Papirius, son créancier; trouvant dans sa piété filiale assez de courage pour supporter patiemment les travaux que son maître lui imposait, et qui n'étaient autres que les travaux des esclaves. Publilius était beau, et son créancier, homme infâme, crut que sa beauté lui appartenait, comme un fruit adventice de sa créance [6]. Le jeune *nexus* s'indigne et se révolte; les tribuns entendent ses plaintes. Ils accusent devant le peuple l'odieux créancier, et le peuple le condamne; sur la proposition des consuls Pætelius Visolus et Papirius, une loi est portée, qui rend la liberté à tous les *nexi*. C'est la loi Pætelia.

Les historiens latins ne sont pas d'accord sur la date de ce fait. Tite-Live le place en 429 [7], Denys d'Halicarnasse en 462 [8]. Varron le rapporte au temps de Sylla [9]; mais cette dernière version n'a aucune probabilité [10]. On ne trouve, du temps de Sylla, aucun consul, ni aucun tribun du peuple qui porte le nom de celui qui, d'après Varron, fut le promoteur de la loi contre le *nexum*. Et puis, le nom de C. Popilius que Varron lui donne, n'est évidemment qu'une erreur de copiste; car ce nom est entièrement inconnu dans les fastes consulaires et autres. Il faut donc lire C. Pætelius au lieu de C. Popilius; et dès lors le récit de Varron se rapproche beaucoup de celui de Tite-Live et sert à l'éclairer. Loin de vouloir, avec Montesquieu [11], que Tite-Live, Denys, Valère-Maxime [12] et Varron aient parlé de deux faits différents, on demeure convaincu (et un passage de la République de Cicéron confirme cette opinion [13]) que c'est le même fait narré avec des variantes qui n'en altèrent pas le fond [14], et défigurée par quelques erreurs de copiste faciles à rectifier.

Mais quel fut l'objet de la loi Pætelia? quelle fut sa vraie portée? Statua-t-elle

---

[1] Tit.-Liv., VII, 19 : « *Etsi unciario fœnore* » *facto, levata usura erat, sorte ipsa obruebantur inopes, nexumque inibant.* »

[2] Tit.-Liv., II, 29.

[3] Témoin le dictateur Valerius : après une victoire sur les Volsques, il demanda au sénat *quid nexis fieri placeret*. Mais, dit Tite-Live, *rejecta relatio fuit*. II, 31.

[4] *Voyez* Denys d'Halic., dont j'ai cité tout au long le fragment, traduit de mon comm. du *Prêt* (*Préface*).

[5] Tit.-Liv., VIII, 28.

[6] « *Florem ætatis ejus, fructum adventitium* » *crediti, ratus.* » (Tit.-Liv., VIII, 28.)

[7] VIII, 28.

[8] *De virt. et vitiis*. V. mon comm. du *Prêt* (*Préface*).

[9] VII, 105.

[10] Saumaise, p. 874 et 885. Il dit : « *Nam de Sylla* » *dictatore, nugæ.* »

[11] XII, 21.

[12] VI, 1, 9.

[13] « Quum sunt, propter unius libidinem, omnia » nexa civium liberata, nectireque postea desitum. » (*De republica*, II, 35.)

[14] Saumaise, *loc. cit.* M. Niebuhr suit son opinion, t. 3. p. 211 et 403. Mon comm. du *Prêt* (*Préface*).

pour le passé et pour l'avenir, ou pour le passé seulement?

D'après le récit de Denys d'Halicarnasse, il semblerait que la loi Pætelia se serait bornée à rendre la liberté aux *nexi*, à ceux qui étaient déjà placés dans la même condition que le fils du tribun militaire Publius. Si nous devons en croire Varron, cet élargissement ne fut pas pur et simple; il ne fut accordé que sous la condition que les *nexi* jureraient qu'ils étaient insolvables [1].

Mais ce n'est pas seulement sous ce rapport que le récit de Denys est incomplet. Varron, en effet, Tite-Live et Cicéron [2] attestent que le *nexum* fut aussi défendu pour l'avenir; *Ita nexi soluti*, dit Tite-Live, *cautumque in posterum ne necterentur*. Ce point ne peut donc faire l'objet d'aucun doute; et désormais l'engagement volontaire de la personne fut déclaré illégal; les biens du débiteur, et non pas son corps, furent seuls susceptibles d'être soumis au *nexum*. C'est ce que dit expressément le même Tite-Live : *Pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus, obnoxium esset.*

Il ne faut pas s'attendre cependant à trouver les faits en parfaite harmonie avec cette loi. Bien qu'il soit vrai de dire que le *nexum* ait cessé, dès cette époque, d'affecter la liberté du peuple, et d'être un moyen de domination et de tyrannie, il ne serait cependant pas exact de croire que l'engagement corporel disparut de la législation romaine. Le *nexum* était un contrat solennel qui se contractait avec le rite romain de la balance et la pièce de monnaie. Mais, ce contrat enlevé à l'engagement de la liberté, il en restait d'autres plus exempts de formes, et qu'il était possible d'employer sans se mettre en opposition avec la loi Pætelia. Si l'homme libre ne pouvait plus aliéner son corps par la mancipation et le *nexum*, il le pouvait par une vente ordinaire, ou par un simple contrat de gage. L'homme libre se vendit donc [3]; ou bien il se mit en gage [4]. Sans doute, ces nouveaux contrats qui prirent la place du *nexum*, furent beaucoup plus rares que ne l'avait été le *nexum* dans les premiers siècles de la république. L'aisance avait pénétré dans Rome; le commerce avait enrichi le peuple [5]; l'argent, devenu abondant, avait développé le crédit, et l'engagement personnel, au lieu d'être, comme autrefois, la base de tous les prêts, n'était plus que la ressource de l'indigent poussé au désespoir. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il se perpétua à Rome, comme en Asie, en Grèce, Athènes exceptée; et la loi Pætelia, faite pour les citoyens romains seuls, pour ceux qui avaient le privilége de contracter par la forme romaine, fut impuissante pour abolir du premier coup ces éternels et profonds préjugés [6]. Quelquefois ces ventes de soi-même avaient des motifs très-honorables :

[1] « *Ut omnes qui bonam copiam ejurarunt, ne essent nexi, sed soluti.* » La traduction de Varron, par M. Nisard, porte : « Et il fut établi que ceux qui « affirmeraient par serment *qu'ils sont en état de* « *parvenir à se libérer* cesseraient d'être obligés. » (P. 330.)

Le même sens est reproduit par M. Niebuhr, t. 4, p. 389, t. 5, p. 213. Mais c'est une erreur; et il faut dire, avec Cujas et le dictionnaire latin de Danetius, que c'était le serment d'insolvabilité qui fut demandé aux *nexi*. Le contre-sens de la collection Nisard et de M. Niebuhr vient de ce qu'ils lisent : *jurarunt*, il faut lire : *ejurarunt*. Notre sentiment est aussi celui de Saumaise. Il est évident, d'ailleurs, que ces *nexi* étaient des insolvables.

[2] *De republica*, II, 35.

[3] L. 5, § 1, D., *de statu hom.*, l. 3, § 1, D., *de liber. causa*, et l. 5, C., *de liber. causa.*

[4] L. 23, § 1, D., *de liber. causa*. Et Godefroy sur cette loi, qui cite comme argument la loi 16, C., *de liber. causa*, et sur la novelle 59 de l'empereur Léon.

[5] Le père du consul Varron, de ce général qui fut si malheureux contre Annibal, avait acquis beaucoup de fortune dans le commerce de boucherie; Varron lui-même avait été son instituteur ou commis (Tit.-Liv. XXII, 25 et 26). *Voy.* ce que je dis sur l'extension de la richesse dans mon comm. du *Prêt* (*Préface*).

[6] Saumaise, p. 832.

tantôt c'était pour procurer à un père les honneurs funèbres [1]; tantôt pour le retirer des mains des ennemis [2]. D'autres fois la misère poussait un homme à se vendre aux gladiateurs, et à échanger contre la honte de la mendicité les périls des jeux sanglants de l'aréne.

Nunc caput in mortem vendunt, et funus arenæ,

dit Manilius [3].

Et Properce :

Hic dabit immundæ venalia fata saginæ.

C'est pourquoi nous lisons dans la Collation des lois mosaïques ce passage tiré d'Ulpien :

Quive depugnandi causa AUCTORATUS *erit, quive ad* BESTIAS *depugnare locavit, locaverit* [4].

Enfin, à mesure que l'empire s'étendait, il trouvait dans les provinces conquises la coutume de l'engagement du corps, tantôt sous une forme, tantôt sous une autre; témoin de ce que dit César des mœurs des Gaulois : « La plupart des gens obérés par » les dettes, les impôts ou les exactions, » se donnent en servitude à des hommes » puissants qui acquièrent sur eux les droits » du maître sur l'esclave [5]. »

Je dis donc que la loi Pætelia n'extirpa pas à fond l'engagement personnel. L'usage de ce contrat eut un long prolongement; il se perpétua par le contact de Rome avec les autres peuples.

Au surplus, les textes existent. L'homme libre qui se vend *ad pretium participandum* est esclave; l'homme libre qui se met en gage est tenu par son contrat; il est traité comme un esclave.

Voyons cependant les objections. Marcianus, dit-on, et tous les jurisconsultes qui ont parlé de vente de soi-même, ne l'admettent que dans le cas où l'acheteur a a été trompé par une interposition de personne, dont le but était de soutirer le prix à l'acheteur et de le partager ensuite avec la personne interposée. « *Jure civili,* dit-il, *si quis se major viginti annis ad pretium participandum, venire passus est* [6]. » C'est aussi le langage d'Ulpien : « *Liberis etiam hominibus, maxime si majores viginti annis, venum se dari passi sunt, vel in servitutem quaqua ratione deduci, nihil obest quo minus possint in libertatem proclamare, nisi forte se venundare passi sunt ut participaverint pretium.* »

Ulpien répète la même idée dans la loi 1, D., *quibus ad libert.* : « *Majores viginti annis, ita demum ad libertatem* » *proclamare non possunt, si pretium* » *ad ipsum qui veniit, pervenerit. Ex* » *cæteris autem causis, quamvis major* » *viginti annis se venundari passus sit,* » *ad libertatem ei proclamare licet.* »

Et c'est dans ce sens qu'il faut prendre la loi 3 au même titre, où Pomponius décide que la femme qui s'est laissé vendre est esclave, elle et le fils qu'elle met au monde depuis qu'elle est entrée en servitude.

Enfin Justinien, dans ses Institutes, copiant la décision de Marcianus, n'admet l'esclavage volontaire que lorsque l'homme libre s'est laissé vendre pour prendre part au prix [7].

Et voici comment avait lieu cette interposition de personnes :

Titius convenait avec Sempronius qu'il passerait pour son esclave; Sempronius le mettait en vente. Puis, quand l'achat était fait et le prix payé, Titius s'éclipsait; Sempronius demandait sa liberté et l'obtenait au grand détriment de l'acheteur trompé

[1] Quintilien, *Decl.*, 302.

[2] Saumaise, p. 863.

[3] Il est cité par Saumaise, 864.

[4] F., 9, 9, § 2 : Testimonium dicere ne licito... *qui depugnandi causa auctoratus erit, quive ad bestias depugnare se locavit.* V. Saumaise, p. 861, 865. *Auctoratus,* c'est-à-dire vendu; auctoramentum, c'est-à-dire *merces, pretium; auctorare,* vendere; *auctor,* venditor.

[5] *De Bello gallico,* VI.

[6] L. 5, § 1, D., *de statu homin.*

[7] *De jure personarum,* § 4.

par cette ruse; et il partageait le prix avec son complice. C'est cette fraude qui excita la sévérité des lois et fit rendre un ou plusieurs sénatus-consultes [1] qui, dans ce cas, mais dans ce cas seul, punissaient par la servitude celui qui s'était laissé vendre de cette manière.

Mais si l'acheteur n'avait pas été trompé, la vente ne produisait pas d'effets; on considérait comme indigne d'indulgence celui qui avait acheté sciemment un homme libre; on rendait à ce dernier la liberté, quand même il aurait souffert avec connaissance de cause la vente qu'on faisait de lui [2].

Telles sont les objections; voici ma réponse :

D'abord, il me paraît incontestable que, d'après le droit antérieur à l'empire, l'homme libre qui s'était vendu était repoussé dans sa réclamation de liberté par une exception tirée de ce qu'il avait abdiqué en âge de majorité son état et qu'il s'était rendu indigne par là d'y rentrer jamais.

Je trouve la preuve de cette vérité dans la loi 5 au C., *de liberali causa*, émanée de l'empereur Alexandre Sévère.

Un individu avait acheté du fisc une femme libre; elle réclame son état; l'empereur décide qu'elle y est fondée. Aujourd'hui, dit-il, on ne saurait opposer à celui qui s'est vendu son âge de vingt ans; cette exception n'est plus valable désormais, contre un citoyen romain, que lorsqu'il a consenti à se laisser mettre en servitude *participandi pretii gratia*. On remarquera ce mot important : aujourd'hui, *hodie*. Donc autrefois il n'en était pas de même; donc, avant les lois nouvelles, la vente consentie à vingt ans élevait une fin de non-recevoir contre la réclamation de liberté.

Donc ce n'est qu'à la suite de lois dues à l'adoucissement des mœurs, et qui datent du temps de l'empire, que la vente de soi-même a été annulée en général et limitée au cas où le vendeur avait agi *participandi pretii gratia*.

Maintenant, est-il vrai que la vente était nulle si l'acheteur connaissait l'état de liberté de la personne vendue? Malgré Cujas, j'ose en douter. Les textes où il est question de la bonne foi de l'acheteur ne parlent en aucune manière de ventes faites *cum pacto partitionis pretii*. Dans les passages où Ulpien et Paul opposent à l'acheteur la connaissance qu'il a de l'engagement de l'esclave, il n'est pas fait mention de la circonstance : *ut participaverint pretium*.

« *Si quis sciens liberum emerit*, dit » Ulpien, *non denegatur vendito, in li-* » *bertatem proclamatio adversus eum* » qui eum comparavit..... quia non est » *venia dignus qui emit, etiam si scien-* » *tem prudentemque se liberum eme-* » *rit* [3]. »

Et Paul :

« *Qui sciens liberum emit, quamvis* » *et ille se patiretur venire, tamen non* » *potest contradicere ei qui ad liber-* » *tatem proclamat; sed si alii eum* » *ignoranti vendiderit, denegabitur ei* » *proclamatio* [4]. »

Il y a, en effet, une foule de textes dans le Digeste où l'on examine des cas de vente de soi-même faites sans la clause de participation du prix [5].

Ceci posé, voyons le sens de la clause *ut pretium participaverit*. Est-il vrai qu'elle ait le sens restreint qui lui donne Théophile et qui suppose l'intervention frauduleuse d'une tierce personne? Rien n'est plus contestable, et nous en trouvons un grave

[1] Pomp., l. 3, D., *quibus ad libert.*, et Paul, l. 5, même titre. L'inscription de la loi dit que ce texte est extrait d'un commentaire de Paul sur le sénatus consulte Claudien; Cujas a fait cette remarque dans ses *Recit. solemn.*, sur le C., *quib. ad libert. proclam. non licet.*

[2] Ulp., l. 7, § 2, D., *de liber. causa*. Paul, l. 33, D., *loc. cit.* Cujas veut que l'acheteur soit de bonne foi, *loc. cit.* : « *Ignoranti hominem esse liberum ;* « *existimanti hominem esse venalitium*. »

[3] Ulp., l. 7, § 2, D., *de liber. causa*.

[4] L. 33, D., *de liber. causa*.

[5] Par exemple, l. 14, D., *de liber. causa*. Ulp., et § 1 de cette loi.

indice dans la novelle 59 de l'empereur Léon, portant abolition des sénatus-consultes relatifs au pacte en question. L'empereur rappelle ces sénatus-consultes ; il en donne un résumé et il les réprouve ; il flétrit l'homme qui se vend pour toucher le prix honteux de la liberté ; mais il ne parle pas de l'intervention de tiers, coupables d'une exécrable complicité ; il ne punit que le vendeur et l'acheteur qui s'est associé à un contrat liberticide [1].

Mais voyons d'autres textes et écoutons Hermogénien :

« *Cum pacto partitionis pretii* major XX » annis, venalem se præbuit : neet post ma- » numissionem ad libertatem proclamare » potest. »

Ici c'est un homme libre qui se met en vente lui-même, « *qui se præbuit venalem,* » et qui oppose à sa vente le pacte *partitionis pretii.* Je n'ai pas besoin de dire que ce pacte rentre évidemment dans la classe de ceux dont Marcien, Ulpien et Alexandre Sévère ont parlé, « *ad pretium* » *participandum, ut participaverint* » *pretium.* »

Or, voici, d'après Godefroy, une de ces espèces :

Un débiteur veut satisfaire son créancier et se vend à un tiers. Il stipule qu'une partie du prix sera payée à ce même créancier et que l'autre partie lui restera *in solatium servitutis* [2]. Eh bien ! ce pacte est bon ; la vente tient ; le débiteur qui s'est vendu ne peut réclamer l'état de l'homme libre. Notez bien que, dans l'hypothèse d'Hermogénien, la condition *partitionis pretii* fait partie de la vente ; elle est imposée ostensiblement à l'acheteur, et dès lors ce dernier n'a pu ignorer qu'il avait affaire à un homme libre qui abdiquait sa propre condition. Un esclave ne pouvait se présenter comme vénal avec de telles clauses.

Ainsi donc, il ne faut pas se montrer si incrédule sur la vente de soi-même chez les Romains. Les faits sont d'accord avec le texte des jurisconsultes pour établir que rien n'était plus légal dans une certaine mesure.

Mais ce n'est pas tout. Ulpien nous signale, dans un autre fragment tiré de ses écrits, une cause nouvelle de vente légitime de soi-même. Citons la loi 6, § 5, D., *de injusto, rapto test.* :

« Irritum fit testamentum quoties ipsi » testatori aliquid contingit : puta, si civi- » tatem amittat per subitam servitutem : » ab hostibus (verbi gratia) captus, *vel si* » *major annis* XX *venum se dari passus* » *sit ad* ACTUM GERENDUM *pretiumve par-* » *ticipandum.* »

Les citoyens romains avaient des esclaves qui tenaient leurs registres et leurs comptes de fonds placés à intérêt [3]. On les appelait *actores.* Les villes avaient aussi des *actores,* et, comme ce ministère était servile, on ne pouvait obliger un homme libre à le remplir [4]. Eh bien ! Ulpien nous apprend que l'homme libre pouvait se vendre à un maître pour l'exercer ; ce qui fait dire à Cujas [5] : « *Et ideo liberi ad actum* » *gerendum se venire patiuntur : atque* » *ita capite minuuntur.* »

Ceci est topique et n'indique pas une susceptibilité bien chatouilleuse en faveur de la liberté.

Enfin, nous voyons la vente de soi-même assez usuelle pour qu'il fallût prendre des mesures contre les soldats qui quittaient la milice pour l'esclavage :

« Quædam delicta pagano aut nullam, » aut leviorem pœnam irrogant — militi » vero graviorem ; nam si miles artem » ludicram fecerit, VEL IN SERVITUTEM SE » VENIRE PASSUS EST, capite *puniendum* » *Menander scripsit* [6]. »

Toute cette démonstration ne peut mieux se terminer que par cette citation d'un élo-

[1] Saumaise, p. 806.

[2] Godefroy sur cette loi.

[3] Africanus, l. 41, D., *de reb. creditis.* Mon comm. du *Prêt* (*Préface*). Cujas sur la loi 1, C., *ne quis liber invitus act. gerere cogatur.*

[4] L. 1, C., *ne quis liber cogatur.*

[5] *Loc. cit.*

[6] L. 14, D., *de pœnis* (Macer).

quent passage de Salvien [1]. C'est la peinture d'une société dans laquelle l'esclavage vaut mieux que la liberté, et où l'homme se réfugie dans la servitude comme dans un lieu de protection. Depuis le commencement jusqu'à la fin, le trafic de la liberté a été pour les Romains un moyen de crédit, un sacrifice à sa propre conservation, un rempart contre la misère. Il n'y a pas de subtilité d'interprétation qui puisse détruire cette vérité de l'histoire :

« Or donc, les hommes libres mis en fuite » par les exacteurs ou par l'ennemi, et ne » pouvant conserver leur demeure et la » dignité de leur naissance, se soumettent » au joug de l'inquilinat. Les exactions *les » forcent à s'exiler de leur propre con» dition et de leur patrimoine, et à » vendre leur propriété et leur liberté;* » ils sont traités comme étrangers, puis » comme esclaves, quoique leur ingénuité » soit certaine. »

Et Justinien semble reconnaître de pareils contrats [2].

Il fallait que Rome ne fût plus Rome pour que cet odieux commerce de la liberté fût radicalement condamné. Léon, en effet, a seul le mérite de l'avoir proscrit sans condition, sans réserve, sans arrière-pensée [3].

« Il y a une loi, dit-il, qui maintient en » servitude l'homme assez lâche et assez » abject pour mettre un prix à sa liberté ; » mais cette loi ne corrige personne, elle » n'empêche pas cet attentat contre la » liberté. Nous déclarons donc cette loi » indigne de notre approbation..... C'est » pourquoi nous l'abolissons, et nous dé» crétons que si quelqu'un est assez insensé » pour se vendre et échanger sa liberté » contre la servitude, un tel contrat ne sera » pas valable, et nous ordonnons que celui » qui aura ainsi trahi sa liberté, et celui » qui a traité avec lui, soient corrigés par » des coups ; la liberté restant saine et » sauve [4]. »

Maintenant que nous venons de voir la vente de soi-même prouvée par ces graves autorités, nous pouvons facilement concevoir qu'un débiteur ait pu se donner en gage à son créancier pour s'acquitter de sa dette. Aussi Paul [5] décide-t-il qu'un tel contrat est valable. Ce n'est plus sans doute le *nexum* condamné par la loi Pætelia ; c'est un contrat moins solennel et qui n'a pas les mêmes conséquences juridiques ; c'est une convention qui doit tenir.

Si je vous vends, dit Paul, l'usufruit d'un homme libre, Quintus Mucius veut que cet homme devienne esclave. « *Servum effici eum dicebat Quintus Mucius.* » Mais la propriété (*dominium*) n'en sera mienne qu'autant que la vente aura été de bonne foi, c'est-à-dire, suivant les Basiliques [6], qu'autant que cet homme l'aura souffert. Autrement il sera sans maître. *Alioquin sine domino fore.*

Après s'être occupé de la vente de l'usufruit d'un homme libre, après avoir rappelé cette opinion de Quintus Mucius qui donne une si grande autorité à la volonté de l'homme sur sa propre liberté, le jurisconsulte Paul généralise ses conclusions dans le § qui suit, et voici comment il s'exprime :

« In summa sciendum est, quæ de ven» ditis servis, quibus denegatur ad liberta» tem proclamatio, dicta sunt, etiam ad » donatos, et in dotem datos referri posse. » *Item ad eos qui pignori se dari passi » sunt.* »

---

[1] *De gubernat. Dei*, lib. 5.

[2] L. 22. C., *de agricolis*. Mon comm. du *Louage* (*Préface*).

[3] Novelle 59 de ce prince.

[4] « Quæ lex, hominem liberum, qui tam ignavi » atque abjecti animi est, ut libertatis dignitatem » dedecore afficiens, *quo execrabile pro servitute, » persolvendi pretii lucrum, participet, suam servi» tutem, mercetur*, non castigat, neque *illud cor» rigit*..... Sancimus, ut si quis ita demens sit ut » libertatem servitute commutans, seipsum vendat, » ne is contractus validus sit, sed evertatur, et simul » ipse libertatis suæ proditor, simul is eum ipso id » facinus designavit, verberibus castigentur. »

[5] L. 23. D., *de liber. causa*.

[6] Rappelée par Godefroy.

En résumé, ce que nous avons dit des esclaves vendus auxquels est refusée l'action en réclamation de liberté s'étend à ceux qui ont été donnés ou constitués en dot; on les applique aussi en règle à ceux qui ont souffert d'être donnés en gage.

C'est pourquoi, si nous voyons dans la loi 16 au C., *de liber. causa*, les empereurs Dioclétien et Maximien déclarer libre une femme qui avait été donnée en dot comme esclave bien qu'elle fût citoyenne, c'est que cette femme, qui servait chez ses maîtres à titre de louage d'ouvrage et non pas à titre d'esclave, avait ignoré le contrat dont elle avait été l'objet [1], et que de plus elle était mineure de vingt ans, âge auquel l'homme ne peut changer son état et devenir esclave de libre qu'il était [2].

Le fragment du jurisconsulte Paul est donc décisif, et il est bien difficile d'en méconnaître la portée.

Cujas, cependant, le bouleverse du tout au tout en ajoutant une négation qui ne se trouve dans aucune copie et en voulant qu'on lise : *quibus non denegatur ad libertatem proclamatio* [3]. Mais avec de telles licences il n'y a plus rien de sûr. Dans d'autres circonstances, Cujas a rectifié avec un rare bonheur des textes mutilés, incorrects ou dépravés. Il a tiré un admirable parti des ouvrages grecs et de la comparaison des manuscrits; mais ici toutes ces autorités lui manquent. Sa correction ne s'appuie sur rien. On ne saurait donc y avoir égard [4].

Pourquoi d'ailleurs un changement de texte si hardi? Est-il donc si contraire aux usages des Romains de voir la dette se payer avec la liberté? Non! et Columelle atteste que, de son temps, il y avait encore des citoyens romains volontairement engagés à leurs créanciers et travaillant comme des esclaves [5]. Cujas lui-même admet quelque part que les Romains pouvaient stipuler la contrainte par corps conventionnelle [6]. Mais qu'était-ce que cette contrainte chez les Romains, si ce n'est la prison privée, la possession du débiteur par le créancier, et autres assujettissements dont nous parlerons bientôt et qui n'ont rien qui soit plus facile à admettre que la mise en gage du débiteur?

Nous repoussons donc toutes les corrections arbitraires; nous nous attachons aux textes et aux données historiques, et nous soutenons que la vente de la liberté et l'engagement corporel ont été une des plus honteuses calamités de la société romaine.

A ceci se rattachent les payements que les débiteurs étaient dans l'usage de faire en vendant leurs propres enfants. Nous devons en dire quelques mots [7].

D'après le droit romain, le père, en vertu de cette puissance paternelle dont les Romains étaient si fiers, et dont les abus auraient dû plutôt les faire rougir, le père, disons-nous, pouvait vendre son fils [8], le faire passer dans le *mancipium* d'autrui, et conférer à l'acheteur des droits qui étaient semblables à celui du maître sur son esclave [9]. Dans une de ses constitutions, l'empereur Constantin prétend que les anciens Romains, qui avaient le droit de vie et de mort sur leurs enfants, portèrent un si grand respect à la liberté qu'ils ne permirent pas au père d'attenter à la liberté de son fils [10]. C'est une grave erreur. Il est si vrai que la vente de l'en-

---

[1] *Te nesciente.*

[2] « Maxime cum te minorem ætate fuisse commemores, et placuerit minores xx annis, *nulla ratione, mutare statum posse, ac pro liberis servos fieri.* »

[3] Sur les Instit., *de jure personarum*, et sur la loi 23, D., *de liber. causa*, dans son commentaire du livre 50 de Paul, *ad edict.*

[4] Saumaise, p. 808; Godefroy sur la loi citée.

[5] Lib. 1, c. 3.

[6] *Nisi specialiter se nexuerit carceri*; sur la novelle 4.

[7] V. Cujas sur les sentences de Paul, liv. 5, t. 1, § 1. — Saumaise, p. 884 et suiv. — M. Niebuhr, t. 3, p. 214, 215.

[8] Denys d'Halic.

[9] Caius, 1, 132.

[10] L. 2, C., *de patria potest.*

fant procurait à l'acheteur des droits analogues à ceux du maître sur l'esclave, qu'il pouvait l'affranchir, et que par l'affranchissement il avait sur lui les droits du patron [1]. C'est même sur ce point de droit que se fonde tout le système des émancipations [2].

L'histoire d'ailleurs prouve que ce droit de vente est inné dans la barbarie. Du temps de Cujas, il existait chez les Moscovites [3]. L'antiquité l'a constamment pratiqué [4], et il y a lieu de s'étonner que Constantin ait tenu un tel langage. En effet, Plutarque raconte que lorsque Lucullus vint prendre le gouvernement de l'Asie, les habitants étaient réduits à une telle misère qu'ils se voyaient contraints à vendre leurs enfants pour payer leurs dettes [5].

Et Constantin lui-même ne consacre-t-il pas un des plus odieux vestiges de cette coutume, lorsqu'il autorise le père, réduit à la pauvreté, à vendre ses enfants nouveau-nés, et à conférer à l'acheteur les droits du maître sur l'esclave, sauf à pouvoir leur rendre la liberté et l'ingénuité en les rachetant [6]?

Il est vrai que, dans la suite des temps, le droit s'était humanisé; on avait vu avec horreur les excès de la puissance paternelle. Le droit de vie et de mort avait péri sous la réprobation publique [7], et la philosophie avait montré que le droit des pères est un droit fondé sur l'amour et non un droit de propriété. C'est pourquoi il avait été défendu de vendre les enfants, de les donner, de les mettre en gage [8]. Mais les mœurs étaient plus fortes que ces lois; et l'usage de disposer des enfants pour payer ses dettes continua en face des prohibitions légales; tellement que saint Basile [9] et saint Ambroise [10] en constatent encore l'existence : « *Vidi*, dit ce dernier, » *miserabile spectaculum, liberos pro* » *paterno debito in auctionem deduci.* » Il était même si invétéré et si tenace que Justinien fut obligé de le proscrire de nouveau [11]. « *Quia vero et hujusmodi* » *iniquitatem in diversis locis nostræ* » *reipublicæ cognovimus admitti, quia* » *creditores filios debitorum præsumuntur retinere aut* IN PIGNUS, *aut in* SERVILE MINISTERIUM, *aut in conductionem;* » *hoc, modis omnibus, prohibimus.* »

Quant à la vente des nouveau-nés, elle dura jusqu'à Justinien qui déclara que rien ne pourrait faire obstacle à leur liberté [12]; jusqu'à cette époque aussi, la pauvreté fut une cause qui permit de mettre en gage les enfants nouveau-nés [13]. Dans tous les autres cas, cependant, un tel contrat fut proscrit, et il ne fallut pas attendre la toute-puissance des idées chrétiennes pour le faire considérer comme contraire à la morale, à l'affection paternelle, à la liberté [14].

Ici se termine ce que nous avions à dire de l'exécution corporelle en vertu de conventions et contrats.

Passons maintenant à la seconde manière dont un débiteur tombait sous la main de son créancier, à l'*addictio*.

---

[1] Caius, I, 132.
[2] Caius, I, 118.
[3] Cujas, *loc. cit.*
[4] Exode, XXI, 7, 9.
[5] Mon comm. du *Prêt* (*Préface*). — Saumaise, p. 884. — Plutarque nous apprend ce fait dans la Vie de Lucullus, 35, 36.
[6] L. 2, C., *de patribus qui filios suos distrax.* : « *Emptor obtinendi ejus servitii habeat potestatem.* »
[7] Mon *Influence du christianisme* sur le droit romain, p. 253 et suiv.
[8] Paul, liv. 5, D., *qui potiores in pign.*, et *Sent.*, V, I, § 1. Diocl. et Max., l. 1, C., *de patrib. qui filios suos distr.* Mon *Influence du christ.*, p. 269.
[9] *In psalm.* XIV.
[10] *De Tobia*, c. 8 et 10.
[11] V. des exemples dans mon *Influence du christianisme*, p. 270.
[12] Novelle 134, c. 7, et Cujas sur cette novelle.
[13] Mon *Influence du christ.*, p. 271, 274, 275. L. ult., C., *de infant. exposit.* V. le C. Théod., *de exposit.*
[14] L. 1, C., *de patrib. qui fil.* L. ult., D., *qui res pignori.*

Dans l'origine, Rome ne connaissait pas l'expropriation forcée [1]. La propriété, dépôt sacré dans les mains du propriétaire, ne pouvait en sortir que par sa volonté. S'il refusait de s'en dépouiller, le créancier n'avait pas le droit de la détacher de lui par une action en saisie réelle. Il fallait qu'il s'emparât de la personne même, qu'il la fît entrer dans son domaine quiritaire, pour arriver par elle aux biens qu'elle avait pour cortége. C'est pourquoi, quand le débiteur ne voulait pas s'engager par le *nexum*, le créancier, ne tirant de la convention aucun droit réel sur sa personne, était obligé de recourir à une action de la loi appelée *manus injectio*, qui aboutissait à l'*addictio*, c'est-à-dire à la perte de la liberté, des biens et de la vie. Ce droit est attesté dans ses détails et ses applications pratiques par la loi des Douze Tables. Nous en connaissons la procédure redoutable, et ce qu'il y a de digne de remarque, c'est que cette procédure, dont nous ne lisons pas sans effroi les combinaisons atroces, et à la réalité de laquelle nous ne pouvons croire qu'en demandant un pénible effort à notre raison et à notre sensibilité; c'est, dis-je, que cette procédure est retracée complaisamment dans la loi des Douze Tables, qui, ainsi que je l'ai avancé ailleurs, fut un progrès, un adoucissement, une suite de cet esprit de concession qui présida à la mémorable transaction accordée par les patriciens au tribunat [2].

Voici ce système d'exécution corporelle. Je n'essayerai pas de traduire textuellement la loi décemvirale qui en contient les préceptes [3]. Je ne pourrais, sans affectation, faire passer dans notre langue ce style abrupte et elliptique. Je préfère éclairer par un rapide commentaire ce drame juridique qui a ses acteurs, sa pantomime, ses scènes parlées, son tragique dénoûment [4].

Lorsque le débiteur avait avoué devant le magistrat la somme par lui due, ou qu'après un procès, un jugement l'avait condamné à la payer, trente jours lui étaient accordés pour satisfaire son créancier [5]. C'était une sorte de trêve, un temps d'arrêt de la justice [6], pendant lequel le débiteur devait chercher le moyen de payer, vendre son patrimoine, recourir à ses parents, à ses amis, conjurer, en un mot, par tous les moyens, cette justice terrible qui bientôt allait reprendre son cours. Si à l'expiration de ces trente jours consécutifs la somme n'était pas payée, le créancier conduisait le débiteur devant le magistrat par l'injection de la main [7]. L'injection de la main (*manus injectio*) consistait à saisir le débiteur par le col, en prononçant ces paroles solennelles :

« *Quod tu judicatus sive damnatus*
» *es sestertium decem millia, quæ dolo*
» *malo non solvisti, ob eam rem, ego*
» *tibi sestertium decem millia judicati*
» *manum injicio* [8]. »

Plaute a fait plusieurs fois allusion, dans ses comédies, à la pantomime qui accompagnait cette formule :

« *Sed quid ego dubito fugere hinc in malam crucem,*
» *Priusquam obtorto collo, ad prætorem trahor* [9]. »

---

[1] Tertull., *Apologet.* M. Bonjean, *Des actions*, t. 1, p. 402, note (2).

[2] Mon comm. du *Prêt* (*Préface*).

[3] Aulu-Gelle, *Noct. attic.*, XX, 1. M. Ortolan, *Hist. du droit romain*, p. 83.

[4] V. M. Niebuhr, t. 4, p. 380.

[5] Æris confessi, debitique jure judicatis, triginta dies sunto.

Saumaise corrige ce texte de la manière suivante : « *Æris confessi, debitique judicatis, triginta dies* » *justi sunto*. » P. 818.

[6] Aulu-Gelle, *loc. cit.* Saumaise, p. 810 et 811, s'est livré à une longue dissertation pour fixer le sens de *justi dies*. Il soutient que dans ce passage *justus* n'a pas le sens ordinaire et qu'il signifie : *in quo jus stat*. De là le mot *justidium* employé par Aulu-Gelle, ou *justitium*, comme *solstitium*, le temps où s'arrête le soleil. V. Festus, v° *Justi*. Macrob., *Satur.*, 1, 16.

[7] *Post deinde, manus injectio esto; in jus ducito.*

[8] Caius, IV, 21.

[9] *Pœnulus*, act. 3, scen. 5.

Et ailleurs :

« *Optà ocius;*
» *Rapite obtorta collo mavis, an trahi* [1]. »

Si l'on s'arrête à une analyse superficielle de cette procédure, on y trouve une violence manuelle et une injure verbale du créancier. Le débiteur est appréhendé par le col, et traité d'homme de mauvaise foi. Il semble que les représailles sont dans le droit du débiteur et qu'une lutte va s'engager.

Réfléchissons cependant que le créancier n'agit pas ici pour exhaler un sentiment de colère et de vengeance personnelles. Il est l'exécuteur d'un jurement; il est le représentant de la justice, il exerce une action de la loi; car l'*injectio manus* est du nombre des cinq actions de la loi, de ces actions qui sont l'œuvre de la loi, ou qui du moins ont été accommodées sur les paroles de la loi et sont la traduction en actes de ces paroles [2]. Le coup porté par le créancier et l'injure sortie de sa bouche ne seront donc pas une cause de résistance. Ce sont là des gestes officiels et des paroles consacrées, dont le drame juridique a besoin pour exprimer avec force son sévère dessein. Le débiteur frappé d'une telle sommation s'arrêtera donc avec respect devant la formule solennelle qui exerce tant d'empire sur l'esprit superstitieux du Romain [3]. Puis il suivra le créancier devant le magistrat [4]. Car, sous cette forme d'arrestation, c'est une vocation en justice qui s'opère : « *in jus ducito.* »

Maintenant, devant le magistrat, devant le préteur, quels nouveaux incidents vont se produire? Le débiteur a-t-il l'espoir de remettre en question ce qui a été jugé contre lui? Vaine illusion! Il s'agit de faire exécuter la chose jugée, et non pas de la révoquer en doute. Il s'agit de pousser l'exécution jusqu'à ses dernières limites, et d'en finir avec ce débiteur qui a manqué à sa parole, qui peut-être s'obstine à cacher ses ressources et qui oppose une inertie frauduleuse aux décrets de la justice [5]. Le préteur prononcera donc son addiction; il transmettra sa personne au créancier comme une sorte de propriété [6].

Le mot d'addiction n'est cependant pas prononcé par la loi des Douze Tables; son laconisme sous-entend le mot; mais il laisse supposer forcément la chose. Par rapport à la conduite *in jus*, l'*addictio* est une conséquence; par rapport à ce qui va suivre, et à l'état dans lequel nous allons voir le débiteur, elle est une cause nécessaire.

Mais qu'était-ce que l'addiction? L'addiction était la déclaration du magistrat qui mettait le débiteur dans le domaine quiritaire du créancier. Je traduirais ce mot par celui d'adjudication, qui est resté dans la langue du droit moderne, si l'*adjudicatio* romaine ne différait de l'*addictio* par une nuance, à savoir, que l'*adjudicatio* était prononcée *in judicio*, tandis que l'*addictio* était prononcée *in jure* [7]. L'addiction était un moyen d'acquérir la propriété, comme la mancipation et l'usucapion. Le débiteur entrait dans le domaine quiritaire du créancier, à peu près comme y serait entrée une chose mancipée ou usucapée.

Toutefois, avant que cette expropriation de soi-même ne soit consommée, la loi des Douze Tables autorise le débiteur à payer

[1] *Rudens*, act. 3, sc. 6; et plus bas :

« *Ego hunc scelestum in jus rapiam exsulem,*
» *Age : ambula in jus...*
» *Rapior obtorto collo.* »

[2] Caius, IV, 11.

[3] *Non licebat judicato*, dit Caius, *manum sibi depellere*, VI, 21.

[4] *Ego hunc scelestum in jus rapiam exsulem.* Plaute, *Rudens*, *loc. cit.*, et la fin de la scène.

[5] *Quæ doli mali non solvisti*, dit la formule.

[6] Tit.-Liv., VI, 11, 14. Plaute, *Pœnulus*, act. 3, sc. 4., fait parler ainsi un de ses personnages : *Adhuc intro; addictum tenes.*

[7] M. Ortolan a très-bien exposé cette différence, *Instit.*, p. 205.

Cependant l'*addictus* est appelé quelquefois *judicatus*, *adjudicatus*. Caius, III, 189, 199.

s'il le peut; elle semble le conjurer de faire un dernier effort. Ne peut-il pas vendre ses biens, ou, s'il n'est pas propriétaire, se manciper par le *nexum* et acquitter en travaillant ce que la bonne foi et la justice le condamnent à payer? Il pourra même appeler à lui un citoyen compatissant, son proche, son ami, ou son protecteur, qui se constituera son *vindex* [1], son représentant, et fera l'affaire sienne à l'égard du créancier.

Mais si le débiteur résiste et que ni lui ni les siens ne pourvoient à son salut, voici le sort qui l'attend. Le créancier le conduira dans sa maison. *Ni judicatum facit, aut quis endo em jure vindicet, secum ducito* [2]. La condamnation a pour résultat immédiat cette prise de possession, cette appréhension corporelle, manifestation du droit de propriété [3]. Aussitôt entré dans la maison du créancier, il y trouvera une prison [4]; il sera mis aux liens [5]; un carcan de bois le tiendra par le cou, par les jambes et par les pieds [6]; ou bien son corps sera chargé de chaînes de fer d'un poids de quinze livres. Il subira le traitement d'un coupable. Il est coupable en effet; car il a violé la foi jurée, il a manqué aux dieux et aux hommes [7].

Cependant le créancier, qui doit la nourriture à ses esclaves, la doit aussi au débiteur adjugé, à moins que ce dernier ne préfère se nourrir lui-même : une livre de farine par jour, tel est le droit du prisonnier; c'est aussi le *diarium* dû à l'esclave, la ration servile [8]. Entre l'esclave et le débiteur adjugé, la loi établit sous ce rapport une parfaite similitude; l'ignominie se joint aux tortures pour effrayer l'homme libre, mais coupable, livré à la merci du créancier [9].

Cette captivité devait durer soixante jours [10]. Quelque atroce qu'elle fût, elle n'était que le prélude de traitements plus atroces encore, à moins que le débiteur ne consentît à transiger [11]. Ici encore la loi le met en demeure de prendre des arrangements. Elle revient sans cesse sur cette idée, comme pour constater de la manière la plus évidente la mauvaise foi du débiteur récalcitrant. S'il manque de ressources, s'il est abandonné des siens, qu'il se constitue le *nexus* du créancier, afin d'éteindre sa dette par un travail d'esclave.

Que si le débiteur persévère, s'il s'obstine à ne pas transiger, le créancier, pendant la durée des soixante jours, l'exposera dans la partie du *Forum* appelée le comice,

---

[1] Auln-Gelle, *loc. cit.*, XX, 10. Sénèque, *De benef.*, III, 8. Festus, *Vindex*. Caius, IV, 21.

[2] C'est la leçon de Saumaise, p. 819. *Junge* Caius, IV, 21.

[3] Térence fait allusion à cela quand il fait dire à son parasite :

« *Me sciunt nihil habere. Dices : ducent damnatum domum,*
» *Alere nolunt hominem edacem ; et sapiunt, mea quidem sententia,*
» *Pro maleficio si beneficium summum nolunt reddere.* »

(*Phormio*, act. II, sc. 1re.)

Junge Tit.-Liv., VI, 14 et 36.

[4] Tit.-Liv., VI, 11 : « Acriores æris alieni stimulos esse, qui non egestatem modo atque ignominiam minentur, sed nervo ac vinculis corpus liberum territent. » — VI, 36 : « *Gregatim quotidie de foro addictos duci, et repleri vinctis nobiles domos et ubicumque patricius habitet, ibi carcerem privatum esse.* » *Junge* XXXIII, 14.

[5] « *Vincito aut nervo, aut compedibus quindecim pondo ne majore; aut si volet, minore vincito.* » V. Cujas, III, *Observat.* 39.

[6] C'était le *nervum*. Isidor., *Origin.*, lib. V, ch. 27. Tertull. *ad martyr.*, c. 2. Plaute, *Aulularia*, act. IV, sc. 10 :

« *At ego credo deos voluisse, ut apud te, me in nervo enecem.* »

Et *Rudens*, act. III, sc. 6 :

« *Melius est te in nervum corripere, etc., etc.* »

Et plus bas :

« *In nervo mille hodie rudamenta congeret.* »

Saumaise prétend, p. 812, que le *nervum* était en bois. Festus dit qu'il était en fer. V. ce mot.

[7] Mon comm. du *Prêt* (*Préface*).

[8] « *Quod legitimum fuit diarium servorum, præcipue vinctorum.* » Saumaise, p. 820.

Horace nous apprend que telle était la nourriture de l'esclave, lib. I, *satyr.* 5.

[9] « *Qui non modo... ignominiam minentur, sed nervo et corpus liberum territent.* » (Tit.-Liv., XI, 6.).

[10] Plaute, *Menech.*, act. I, sc. 1.

[11] « *Ni cum eo pacit, sexagenta dies endo vinculis retineto.* »

et cette exposition se répétera à trois marchés de neuvaine en neuvaine [1]. Là, le montant de la dette sera proclamé à haute voix, afin que quelque ami, touché du sort de l'adjugé, vienne le délivrer en payant. C'est ce que fit Manlius, lorsque ayant vu un brave centurion adjugé pour dettes et conduit dans la prison du praticien son créancier, il s'écria avec l'indignation calculée d'un ambitieux qui veut attiser la haine des partis : — « Non ! je ne souffrirai » pas, moi le sauveur du Capitole, qu'un de » mes frères d'armes soit traité comme un » prisonnier des Gaulois, et livré à l'escla- » vage et aux chaînes [2]. » Aussitôt il paye le créancier et libère le débiteur *per æs et libram*. L'histoire ajoute qu'il paya de même les dettes de quatre cents débiteurs, et empêcha par là que leurs personnes ne fussent adjugées et leurs biens vendus [3].

Mais souvent aussi le malheureux débiteur, ainsi exposé aux regards de la multitude, ne trouvait sur son chemin que les railleries et les insultes. C'est à quoi Nonius fait allusion dans une de ses comédies. Pendant que l'on conduit un pauvre adjugé, un mauvais plaisant, jouant le miséricordieux, demande avec un air d'intérêt : *Quanti addictus? — Mille nummum*, lui répond-on. Ce témoignage de compassion fait naître l'espoir dans le cœur du débiteur; il espère que le sort lui a fait rencontrer un concitoyen généreux qui va le délivrer. Mais celui-ci ne préparait qu'un quolibet : *Nihil addo; ducàs licet*. Le mot est piquant dans une comédie [4]. Partout ailleurs, c'eût été un jeu d'esprit cruel, une amère dérision.

Maintenant toutes les épreuves sont à leur terme et le dénoûment approche. Les soixante jours expirent sans payement, sans transaction, sans intervention d'un ami. C'en est fait : le débiteur subira la peine capitale; il sera mis à mort [5]; il expiera sur sa tête la peine de sa mauvaise foi. L'addiction arrivera aux dernières conséquences du droit de propriété ; le domaine quiritaire du créancier se révélera par le plus haut degré d'exaltation du *jus utendi et abutendi*. Si même il y a plusieurs créanciers, qu'ils coupent le corps du débiteur en morceaux et se partagent ses restes sanglants [6]. Peu importe que les parts du cadavre ne présentent pas une égalité mathématique. On ne suppose pas que la fraude ait présidé à une division inégale. Le créancier pourra cependant, s'il le préfère, transporter le débiteur au delà du Tibre pour le vendre comme un esclave et se payer de ce qui lui est dû [7].

Voilà la loi des Douze Tables ! Elle est barbare ; elle fait reculer d'horreur [8]. Ce qui l'excuse, ou plutôt ce qui l'explique, c'est sa religion pour la parole donnée ; c'est le fanatisme sincère de sa croyance dans la légitimité de la peine par laquelle elle sévit. Sa rudesse simple et naïve met au rang des plus grands crimes le trouble apporté dans les rapports de confiance sur lesquels repose le crédit. La langue a parlé ; le droit est ce que la langue a dit. *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto* [9]. La peine doit donc acquitter la foi jurée [10]. Car dans la foi jurée il y a les dieux pris à témoin, le droit qui émane des dieux, le jugement des hommes qui exprime la force sociale dans ce qu'elle a de plus respecté.

Le génie d'un pareil droit est profondément mystique ; il le serait beaucoup moins si les décemvirs l'avaient inventé. Car, de leur temps, le principe aristocratique sur-

[1] « *Interibi trinis nundinis continuis in comitium » procitato, ærisque æstimiam judicati prædicato.* »

[2] « *In servitutem ac vincula duci.* » (Tit.-Liv., VI, 14).

[3] Tit.-Liv., VI, 20.

[4] Cicér., *De orat.*, II, 63, l'appelle *salsissimum*.

[5] *Capite pœnas sumito.*

[6] « *Ast si pluribus erunt rei, tertiis nundinis » partes secanto. Si plus minusve secuerint, sine » fraude esto.* »

[7] » *Vel peregre trans Tiberum venundato.* »

[8] Aulu-Gelle, *loc. cit.*

[9] Voyez les Douze Tables.

[10] Tit.-Liv. : *Pœnam in vice fidei cesserat*, VI, 34.

passait, ou du moins balançait le principe religieux. Sans doute ils auraient toujours admis que l'insolvabilité est moins un malheur qu'un délit. Les patriciens avaient besoin de ce délit de plébéiens pour cimenter leur domination. Mais ce droit farouche, qui fait du débiteur obéré un criminel dévoué à la mort, remonte aux antiquités les plus lointaines de l'histoire ; il se perd dans les plus épaisses ténèbres de l'origine des peuples. Il n'est pas une combinaison artificielle de la tyrannie d'une caste, une invention patricienne ; c'est une de ces convictions mystérieuses placées au berceau de l'homme, comme les sacrifices humains [1] et tant d'autres superstitions sanguinaires [2] dont on ne peut expliquer la cause que par la domination de ces sombres théocraties, qui croient voir dans chaque acte de la vie civile la présence d'un dieu menaçant, et qui gouvernent l'humanité consternée par la peur ou par le mépris d'ellemême. Dieu n'est plus alors la Providence et l'immense bonté. A sa place règnent des dieux irrités et implacables qui, après avoir fait le monde, l'ont bouleversé ; qui, après avoir créé l'homme, s'en sont repentis ; qui sont sourds à la prière et n'écoutent que l'expiation ; qui dictent d'en haut les lois, les jugements, les rites civils, voient un sacrilége dans une désobéissance, une impiété dans un manquement, et commandent à outrance les peines, les vengeances et surtout l'offrande méritoire d'un sang coupable. On a dit témérairement : *La crainte a fait les dieux !* Non ! la crainte n'a pas fait les dieux ; mais elle les a imaginés cruels et impitoyables. Après les grandes catastrophes géologiques, l'homme glacé d'épouvante a attribué à la colère des dieux les phénomènes naturels qui l'ont affligé. L'idée d'une divinité terrible a rempli son esprit. Dans toutes les affaires de ce monde il a vu l'intervention de ces dieux ennemis, armés de la foudre, envoyant les calamités, réclamant sans pitié le sacrifice et la douleur de la créature. Alors la superstition a pris la place de la religion, et les plus grossières erreurs ont obscurci l'intelligence de l'homme et abaissé sa raison.

Si je me reporte aussi loin que je viens de le faire pour trouver la racine d'une tradition inhumaine et cependant générale, c'est que les mœurs des époques civilisées ne peuvent m'en donner le secret. Il faut que j'en appelle à ces âges reculés, à ces âges de fer où la vie était dure et maudite, où le sang humain était de peu. Ces âges ont laissé de longs et profonds vestiges ; quoique la civilisation ait fini par leur arracher l'humanité, ce n'est pas une raison pour perdre la mémoire du rôle qu'ils ont joué. La comparaison d'un tel passé avec le présent rend plus précieuses et plus chères les notions d'équité qui sont la base du droit moderne.

Ceci me conduit aux étonnantes explications que Bynkershoeck et autres, avant ou après lui, ont données de la loi des Douze Tables [3]. C'est une des preuves les plus curieuses des fascinations qu'une fausse critique, aidée d'un peu d'esprit d'invention, est capable de produire chez les hommes les plus impartiaux et les plus distingués. Bynkershoeck et ses partenaires étaient, je le reconnais, des jurisconsultes érudits, des savants consommés en beaucoup de choses ; mais malheureusement ils n'entendaient rien à la philosophie de l'histoire, ni même à l'histoire proprement dite. C'est pourquoi, tout imbus qu'ils étaient

[1] Ces abominables sacrifices se consommaient encore à Rome du temps de la guerre d'Annibal (Tit.-Liv., XXII, 57). On enterra vifs un Gaulois et une Gauloise, un Grec et une Grecque.

[2] Par exemple, le massacre des prisonniers, l'abjection héréditaire de certaines classes maudites, les parias, les cagots, le droit de propriété de l'homme sur l'homme, et par suite le droit de vie et de mort sur l'esclave, le fils, la femme, etc., etc.

[3] Bynk., *Observat.*, I, 1. Anne Robert, *Rer. jud.*, liv. II, c. 6. Heraldus, *De rer. judic. auct.*, II, 25, § 6, et *Animadv. in Salmasii obs.*, lib. IV, c. 4. Heineccius, *Antiq. rom.*, III, 30. V. aussi *Acta eruditorum Lipsiæ*, 1710, p. 73.

des idées d'humanité répandues de leur temps, et oubliant que le christianisme n'avait pas toujours été là pour épurer les croyances populaires, ils se sont imaginé que le droit de mort et de section corporelle du débiteur obéré n'était pas vraisemblable parce qu'il est barbare; et, partant de là, ils ont mis leur savoir à une autre sorte de torture pour prouver que la loi des Douze Tables était innocente de cette atrocité. Comme le texte est clair et positif, et que chaque mot porte coup, la tâche était difficile. Mais avec des métaphores mises à la place du sens grammatical, avec des rapprochements plus ou moins ingénieux et toujours savants, avec de belles tirades contre la cruauté inepte (*inepta crudelitas*) d'un droit si éloigné des habitudes modernes, nos érudits se sont monté l'imagination, et ils sont demeurés convaincus que la loi des Douze Tables n'avait en vue que la vente des biens du débiteur, et que ce prétendu partage de son corps partage incroyable (à moins que les Romains ne fussent des anthropophages) n'était que la division d'un prix ou d'un patrimoine entre ses créanciers!

Il faut rendre justice à Saumaise; il s'est gardé de ces écarts: il a refusé de faire cause commune avec ces inventeurs d'amendements qui donnent de la sensibilité à la loi des Douze Tables et des vertus chrétiennes aux décemvirs. J'ai quelquefois combattu Saumaise [1]; mais ici le sentiment historique dont il était doué l'a conduit dans la voie de la vérité, et, malgré quelques erreurs de détail, la justesse de ses explications contraste à son avantage avec les rêveries de certains jurisconsultes, moins jurisconsultes en cette matière que lui qui se piquait de ne l'être pas [2].

Le texte de la loi des Douze Tables, je le répète, ne comporte aucune espèce de doute, tant il est explicite et précis: *Pœnas de capite sumito — in partes secanto.* Que veut-on de plus clair? Mais ce ne sont pas seulement les mots qui sont d'une justesse désespérante pour l'équivoque; c'est encore l'enchaînement des idées qui, par sa progression logique, frappe d'évidence et repousse l'incrédulité. D'abord, adjudication du débiteur; puis, tortures corporelles dans la maison du créancier; enfin, la mort et la section du cadavre. La gradation marche sans pitié; elle est aussi bien observée que dans les tragédies les plus conformes aux règles classiques [3].

Mais un érudit entêté ne se paye pas de ces raisons simples et vulgaires. Ce qui est clair pour les autres est obscur pour lui; la vérité n'est pas ce qui brille de soi-même à tous les yeux; il oublie ce qu'a dit Cicéron avec tant de bon sens : *Veritas micat ipsa per se* [4]. La vérité n'est vraie, pour son esprit avide du labeur scientifique, que lorsqu'elle lui arrive par l'effort, par la recherche, par un pénible enfantement.

Savez-vous ce qu'a imaginé Bynkershoeck? C'est que *pœnas de capite sumito* signifie que les intérêts moratoires doivent être payés au créancier en sus du capital [5]; car il y a dans le jurisconsulte Paul tels passages où *pœnas* est employé comme signifiant les usures [6]. Certes, c'est le cas de dire : *Risum teneatis.* Comment! tout cet appareil formidable, cette vocation en justice, cette addiction, ces chaînes et ces cachots, tout cela aura été mis en œuvre pour arriver..... au payement des intérêts?

Un autre vous dira avec un peu plus de

[1] Mon comm. du *Prêt* (*Préface*, et n° 186). Mon comm. du *Mandat*, n°s 192 et suiv.

[2] V. son livre *De modo usur.*, ch. 18, p. 810 et suiv.

[3] Cujas prend à la lettre la section du débiteur. V. son comm. sur le tit. du Code *de cessione bonor.* *Junge* Niebuhr, t. IV, p. 389.

[4] *Offic.*

[5] *Capitis pœnas dato,* ea interpretatione accipienda arbitror, tanquam dixissent, reum teneri in usuras pecuniæ.

[6] L. 40, D., *de reb. creditis.* *Junge* l. 38, D., *de negot. gestis.*

sérieux, mais autant de légèreté, que *caput* doit s'entendre de la perte de la liberté [1]. N'y a-t-il pas, en effet, dans les poëtes, les philosophes, les orateurs, les historiens et les jurisconsultes, maints fragments où *caput* et liberté, état, sont synonymes [2]? A la bonne heure! Mais il n'est pas nécessaire d'être un latiniste bien habile pour voir que cette interprétation figurée, quoique légitime dans beaucoup de cas, est repoussée ici par la construction de la phrase? Et puis, comment la faire cadrer avec ce qui suit, avec l'*in partes secanto?* Coupe-t-on la liberté par morceaux? Si l'on nous dit que le partage porte sur les biens et non sur le corps, ce sera donc que *caput,* qui est le régime de *secanto,* prend sur-le-champ un autre sens, et qu'il laisse avec une admirable flexibilité la valeur qu'il avait tout à l'heure pour signifier, une phrase plus bas, le patrimoine du débiteur? Enfin, comment combiner cette libre traduction avec la vente du débiteur au delà du Tibre, accordée par la loi des Douze Tables comme un adoucissement de la peine méritée par le débiteur? Si cette peine se borne à faire de lui un esclave, est-ce que le créancier n'est pas le maître de le vendre dans Rome même, aussi bien qu'au delà du Tibre? Et, d'ailleurs, que gagnera le débiteur à cette vente éloignée? Est-ce pour joindre l'exil à la servitude que la loi des Douze Tables a voulu tempérer les antiques rigueurs?

Mais nous ne sommes pas au bout des versions ridicules ou des contre-sens; arrêtons-nous un peu davantage sur cet *in partes secanto* qui a causé tant de surprise et d'émoi à nos interprètes. Ils demandent si les Romains étaient des mangeurs de chair humaine, et si le corps du débiteur devait procurer aux créanciers réunis un *barbare festin* [3]? Non certes; et nous n'appliquons pas au peuple de Romulus ce vers d'un de ses poëtes :

« *Visceribus miserorum et sanguine vescitur atro* [4]. »

Mais, outre qu'à mon avis cette section du cadavre du débiteur ne devait avoir lieu qu'après l'exécution [5], je ne vois pas ce qu'un tel supplice, infligé à un homme vivant, aurait de plus incompréhensible que le supplice de la croix, ou celui de la fourche [6], ou celui du déchirement par quatre chevaux? Est-ce que d'ailleurs la section et la mutilation membre par membre n'étaient pas des peines pratiquées chez les anciens [7]?

Maintenant, pourquoi chaque créancier a-t-il droit à une portion du cadavre de la victime? Je réponds que je ne me crois pas obligé d'expliquer toutes les sévères énigmes de la barbarie. Il me suffit de voir ce droit attesté par d'authentiques témoignages pour ajouter foi à son existence. Car qu'y a-t-il qui soit incroyable en fait de férocité dans l'histoire de l'homme? Était-ce un sanglant symbole du droit de chaque créancier sur les biens et la succession du débiteur, et une imitation du talion, d'après lequel la peine sévit sur chaque membre en tenant la proportion du délit [8]? Ou bien avait-on en vue un surcroît de peine, cruellement inventé pour ajouter à la mort la privation de ces hon-

[1] Heraldus, *De auct. rer. judic.*, lib. II, c. 25.

[2] Instit. de Just., *de capit. deminutione*, § 4.

[3] Racine (*Iphigénie*).

[4] Virgile.

[5] Saumaise, p. 825.

[6] Cum nudi hominis cervix inserebatur furcæ, corpus virgis ad necem cædebatur (Saumaise, *loc. cit.*).

[7] *His adde* (continue Saumaise), *quod et olim inter supplicia erat sectio et διχοτομία*, atque etiam διατομὴ, quæ membratim fiebat, usurpata. Quod Homero dicitur μελεϊστὶ διαταμὼν, p. 825.

[8] *Si reus inventus fuerit*, CAPUT PRO CAPITE, MEMBRUM PRO MEMBRO REDDAT, dit une charte de 1184, citée par Ducange, v° *Talio*. De même que celui qui a coupé un membre doit subir l'amputation du membre correspondant, de même celui qui ne doit à l'un des créanciers qu'une fraction de la dette ne lui doit qu'une fraction de son corps.

Tout cela se tient et procède d'une même superstition.

neurs funèbres qui, dans les croyances païennes, avaient une si grande influence sur les destinées de l'autre vie [1]? Et, par suite, n'était-ce pas un raffinement de précaution pour forcer la famille du malheureux à traiter avec chacun des créanciers pour le rachat du cadavre et la sépulture? Toutes ces hypothèses me semblent vraisemblables; mais je n'affirme rien. Quand cet arcane serait encore plus indéchiffrable qu'il n'est, je ne ferais pas pour cela l'esprit fort, car je ne discute pas contre les faits. Oui, c'est un sentiment enraciné dans les sociétés barbares que le créancier a droit sur la chair de son débiteur. Ignorer cette espèce de responsabilité, c'est ignorer un des chapitres les plus curieux et les plus importants de l'histoire. Bientôt, du reste, nous verrons cette idée de la barbarie antique se reproduire dans la barbarie moderne, et nous opposerons à Bynkershoeck les traditions du moyen âge à l'appui des traditions primitives.

Mais poursuivons.

Le sens vulgaire de la loi des Douze Tables ne paraissant pas croyable pour Bynkershoeck, sa raison difficile se réfugie dans le sens métaphorique. Il traduit donc *in partes secanto* par la vente de la personne du débiteur pour partager le prix entre les créanciers! Mais est-il possible d'accumuler plus de transpositions, de retrancher plus de mots embarrassants et de se mettre plus à son aise par des coupures, que ne le fait Bynkershoeck? Que dit-il, par exemple, du *Si plus minusve secuerint, sine fraude esto?* Est-il permis d'escamoter ce passage si remarquable et si grave, parce qu'il renverse les imaginations des traducteurs? Si les créanciers n'ont aucun reproche de fraude à redouter pour un partage inégal, comment un esprit aussi distingué que Bynkershoeck ne voit-il pas que cette inégalité n'est excusée que parce qu'il ne s'agit pas du partage des biens ou du prix de vente? Quelle est la loi assez inepte pour permettre à un créancier d'emporter une part des biens plus considérable que celle qui lui revient légalement [2]?

Mais c'en est assez, c'en est même beaucoup trop pour réfuter des inventions factices; j'aimerais autant entreprendre de prouver qu'une fantaisie de l'Arioste n'est pas de l'histoire, et je ne me serais pas arrêté si longtemps sur de pareilles divinations si elles n'avaient trouvé créance auprès de Montesquieu [3]. Mais Montesquieu, qui dans son admirable livre a remué tant d'idées, n'eut pas toujours le temps de les peser une à une : et quelquefois il a admis de confiance ce que sa haute raison n'eût pas manqué de rejeter si sa critique avait eu autant de loisirs pour discuter les détails que pour méditer les grands principes des lois. Au surplus, ce qui décide tout, ce n'est pas seulement le texte de la loi des Douze Tables, et l'accord spontané de toutes les époques barbares, et cet unisson terrible qui reproduit les mêmes accents de menaces et de mort : c'est qu'à ces preuves éclatantes se joignent les témoignages de trois auteurs latins, qui, en citant la loi des Douze Tables, lui donnent le sens littéral que nous défendons.

---

[1] Virgile, VI, v. 362 et suiv., les prières de Palinure à Énée pour qu'il donne un tombeau à son corps submergé par les flots. V. Cicéron, *De legib.*, II, 22, 55.

[2] Les jurisconsultes qui sont d'avis que le sens textuel ne doit pas être suivi ont trouvé un argument qui leur paraît solide dans ceci, savoir : que Cicéron appelle *sectores* ceux qui achetaient des biens en justice (*pro Roscio*, 63), d'où *sectio* (Cic., *De invent.*, lib. I), c'est-à-dire *redemptio*. (V. Saumaise, p. 829.) Donc, ont dit les jurisconsultes en question, *sectio*, dans la loi des Douze Tables, ne peut être pris pour la section corporelle. Est-il permis d'abuser à ce point de sa science et de son esprit? *Sectio*, dans le sens où Cicéron le prend, vient de ce que l'acheteur de biens en justice poursuivait un gain : *Spem sectans sui lucri*, dit Asconius. Ce qui fait dire à Nonius : *Secore, sequi : unde et sectotores bonorum* SECTORES *dicti sunt*. Mais qu'a de commun ceci avec le mot *secore* pris dans le sens de couper, lorsque surtout le texte ajoute : *in partes secanto*, et qu'il signale une division matérielle?

[3] Liv. 29, chap. 2, note (6).

Et d'abord, Quintilien, voulant signaler certaines lois contraires à la nature, n'en trouve pas de plus caractéristique que celle qui autorisait la division du corps du débiteur entre les créanciers : « *Sunt enim* » *quædam non laudabilia natura, sed* » *jure concessa : ut in duodecim Ta-* » *bulis, corpus inter debitores dividi* » *licuit* [1]. » Cette assertion est-elle assez claire? Les expressions dont se sert Quintilien ont-elles assez de précision? Peut-être que non. Car il y a une loi du Digeste qui se sert du mot *corpus* pour désigner la totalité du patrimoine d'une personne [2]. Sans doute! mais dans cette loi Ulpien ne dit pas *corpus debitoris*, comme la loi des Douze Tables; il dit *corpus patrimonii*, ce qui est fort différent. Et puis, si *corpus* doit s'entendre, dans le passage de Quintilien, d'une division du patrimoine, cet auteur, ordinairement si judicieux dans ses exemples, a été bien mal inspiré ici. Car, au lieu de citer une de ces lois peu louables, que le droit établit quelquefois et que la nature n'approuve jamais, il choisit précisément une de celles qui sont le plus conformes à la justice et à l'équité! Pour moi, j'aime mieux ne pas faire Quintilien absurde, et je prends au pied de la lettre ce qu'il nous apprend des Douze Tables. Je me repose sur le témoignage de cet écrivain, aussi versé dans la connaissance des antiquités de son pays que dans les préceptes de l'art oratoire.

Mais il n'est pas le seul à nous prêter son appui, et Tertullien tient le même langage que lui : « *Sed et judicatos in partes secari a creditoribus leges erant. Consensu tamen publico, crudelitas postea erasa est* [3]. » Ici, il n'y a pas à équivoquer : Tertullien n'a pas employé les expressions dont les traducteurs ont fait un si singulier abus; c'est du condamné lui-même qu'il parle; c'est le condamné en personne qu'il nous montre coupé en morceaux. Et comme pour ne laisser aucun doute, il rappelle que la vente des biens et la note d'infamie remplacèrent l'effusion du sang, ajoutant ce jeu de mots énergique : « *Suffundere maluit hominis sanguinem quam effundere.* »

A la bonne heure! ont dit nos adversaires. Mais Tertullien était un chrétien passionné, qui parlait avec humeur des lois païennes; il a envenimé les faits. — C'est ce que j'appelle un subfertuge malheureux. Tertullien parlait ainsi dans un livre dicté par le besoin de la défense, et non par le sentiment de l'attaque. Dans le chapitre qui me fournit ma décisive citation, il veut montrer que les lois des empires ne sont pas immuables, qu'elles sont susceptibles de changements et d'améliorations. Il ne dénigre pas le passé, il l'expose; il montre que la société païenne elle-même a cru nécessaire de se perfectionner en beaucoup de points. Et il prend acte de ces progrès pour demander et espérer que les lois qui persécutent les chrétiens seront abolies par un nouveau progrès d'humanité. Tel est le point de vue de Tertullien; il ne faut pas le défigurer, ni aggraver le défaut de sens historique par le défaut d'intelligence littéraire. Tertullien reste donc tout entier pour nous, comme Quintilien; nous avons en eux les fidèles narrateurs de la vieille dureté romaine.

Mais c'est bien mieux quand nous arrivons à Aulu-Gelle [4]. C'est lui qui rappelle le texte des Douze Tables; c'est lui qui l'explique pied à pied dans son esprit et dans son texte, en rattachant la peine de mort prononcée contre le débiteur à ce vieux culte de la bonne foi publique et privée, dont les Romains avaient tellement senti l'importance qu'ils allèrent jusqu'à livrer aux ennemis d'illustres consuls qui y avaient

---

[1] *Instit. orat.*, III, 6. Il ajoute : *Quam legem mos publicus repudiavit* (Édit. Panck, t. II, p. 86).

[2] Ulp., l. 25, § 16, D., *de hæredit. petit.*

[3] *Apologet.*, c. IV : Sed et judicatos in partes secari a creditoribus leges erant. Consensu tamen publico crudelitas postea erasa est, et in pudoris notam capitis conversa est, bonorum adhibita proscriptione; *suffundere maluit hominis sanguinem quam effundere.*

[4] *Noct. attic.*, XX, 1.

manqué. Sa dissertation se termine par une comparaison du débiteur qui manque à sa foi avec celle du traître Suffétius, tiré à quatre chevaux pour n'avoir pas tenu sa parole.

Du reste, Aulu-Gelle semble croire que la loi des Douze Tables n'a jamais appliqué ses châtiments ; il voit en elle un sujet d'effroi plutôt qu'une occasion de tortures, et sous ce rapport il défend la loi des Douze Tables qui n'avait établit des peines si atroces que pour n'y jamais recourir.

Il est vrai, avant et depuis la loi des Douze Tables, l'histoire ne trouve aucun vestige de cette cruelle section du cadavre du débiteur, ni même de la mise à mort des obérés. Elle ne parle pas davantage de leur vente au delà du Tibre. Jamais, dans les plaintes ardentes et réitérées du parti populaire contre les patriciens, on ne reproche à ces créanciers avides aucun de ces trois abus de la puissance dominicale. On signale à la haine publique leurs coups de fouet, leurs tortures, leurs abominables prisons ; mais nulle part, dans les peintures les plus rembrunies de l'âpreté patricienne, ni les tribuns, ni les consuls favorables à la multitude, ni cette foule d'obérés conduits du Forum par troupeaux et retenus dans les cachots des riches [1], n'ont avancé qu'un patricien eût poussé jusqu'à la mort, ou même jusqu'à la vente, le droit du créancier sur l'adjugé [2]. Est-ce à dire que dans des temps plus anciens, le sang du débiteur n'a jamais été versé pour sa dette, ou qu'un prix n'a pas été retiré de la vente de son corps? Les rapides annales des premiers siècles de Rome n'ont pas raconté tous les faits qui se rattachent à ses mœurs intérieures et à son droit civil. La férocité de son caractère autorise à penser que ce droit, dont nous trouvons les échos dans la loi des Douze Tables, a eu sa triste réalité, et qu'il n'est pas toujours resté comme une simple menace suspendue sur la tête du débiteur. J'oserais affirmer, quoique je ne le sache pas, que plus d'une fois l'obéré exporté, comme un vil animal, aura été vendu aux peuples Transtéverins. Je ne répondrais pas non plus que quelque vieillard impropre au travail, ou quelque débiteur infirme et sans valeur vénale, n'ait été égorgé impitoyablement sur l'autel du droit strict [3].

Cependant (je le répète), depuis que la querelle des dettes se produit sur la scène historique, l'insolvabilité du débiteur semble dégagée de ces conséquences odieuses ou sanglantes, et les récriminations des obérés portent sur d'autres griefs. La vente du débiteur au delà du Tibre est tombée en désuétude [4]; car on ne veut pas donner aux ennemis de Rome des esclaves romains. L'exécution du débiteur ne souille plus les annales de l'aristocratie : les patriciens ont reculé devant l'indignation soulevée par de telles atrocités. Ils ne sont plus capables de cette énergie sauvage qui pousse l'enivrement du droit jusqu'à la fureur. Mais si la soif du sang s'est apaisée en eux, leur cupidité reste entière ; elle sait tirer de l'addiction d'autres profits, et l'esclavage du débiteur les dédommage de barbaries inutiles. L'esclavage du débiteur, voilà ce qui reste de cette formidable action de la loi : c'en est encore assez pour exploiter le peuple et satisfaire l'ambition de dominer.

Pourquoi cependant la loi des Douze

---

[1] Tit.-Liv., VI, 36 : « Gregatim *quotidie de foro* » *addicti duci, et repleri vinctis nobiles domos, et* » *ubicumque patricius habitat, ibi carcerem privatum* » *esse.* »

[2] Saumaise, p. 825.

[3] Saumaise, p. 824.

[4] Pourquoi la vente devait-elle avoir lieu au delà du Tibre? Parce que, dit M. Zimmern, § 46, note 14, l'*addictus* vendu à un citoyen romain ne serait pas devenu esclave. Il n'aurait pu tomber que dans son *mancipium*. J'ai de la peine à comprendre cette explication, ou, pour mieux dire, je ne la comprends pas du tout. M. Niebuhr donne une autre raison : s'il eût été vendu dans le *Latium*, il aurait pu, lorsqu'il aurait été affranchi, faire usage du droit de *municeps* (t. IV, p. 390, note 604). On peut ajouter qu'il eût été impolitique de jeter dans les rangs serviles de Rome des hommes animés d'un esprit de ressentiment.

Tables, rédigée longtemps après que l'usage avait fait justice de ces cruautés, se complaît-elle à les rappeler et pour ainsi dire à les rajeunir? C'est que les patriciens avaient besoin de mettre sous les yeux de ces plébéiens, qui se plaignaient toujours, l'effrayante austérité du vieux droit, en vertu duquel ils auraient pu être bien plus sévèrement traités. A côté de la loi des Douze Tables, qui accordait à la puissance tribunitienne une diminution du taux de l'usure [1], les patriciens voulurent une consécration nouvelle de la procédure qui servait de garantie à leur droit de créanciers. Cette procédure avait son origine dans ces antiques et sombres superstitions qui avaient trempé avec tant de rudesse le caractère romain ; elles commandaient encore la terreur et le respect. Il était bon de remettre en lumière l'œuvre sévère de la vieille sagesse italique et ses rigueurs trop méconnues, afin que les factieux qui s'apitoyaient sur le sort des débiteurs et les excitaient au mépris des jugements [2], au refus du service militaire [3], aux scissions et aux soulèvements, pussent comparer le droit acerbe des créanciers avec la modération dont ils usaient.

Ainsi, les patriciens voulaient passer pour cléments au moment même où la colère publique les accusait de barbarie. Mais l'artifice ne pouvait tromper la misère des débiteurs. Il restait dans l'*addictio*, telle qu'elle était pratiquée, assez d'ignominie, de dégradation et de sévices pour que la haine pesât sur ceux qui profitaient avec tant de rigueur de cette action de la loi [4]. La querelle reparut donc à la première occasion aussi vive qu'auparavant [5]. Le retour des premières hostilités date de Manlius [6]. Pour les enflammer, il n'était pas nécessaire que le débiteur fût vendu ou mis à mort. Les soixante jours de captivité, la triple exposition sur le marché public, les chaînes et le carcan, la servitude enfin et ses infâmes traitements, n'étaient-ils pas suffisants pour révolter des hommes libres et tant de braves citoyens qui, après avoir échappé aux champs de bataille arrosés de leur sang, venaient tomber sous la verge de fer du patricien?

Ce n'est cependant pas contre les émotions populaires que l'*addictio* vint se briser. Elle survécut aux menées des agitateurs, aux révoltes de la multitude et aux lois d'abolition et de banqueroute. La sédition [7] ou la nécessité [8] rompirent quelquefois les fers des *addicti*, elles laissèrent subsister l'addiction, vieux débris des plus solennelles institutions de Rome, qui conservait encore du prestige à cause de son antique origine. Après la bataille de Cannes, elle tenait dans les prisons un assez grand nombre de débiteurs pour que le dictateur, usant d'un moyen désespéré, crût utile de les appeler aux armes en leur rendant la liberté [9]. Du temps de Lucullus, elle secondait les desseins avides des gabeleurs et des usuriers romains, vautours insatiables qui exploitaient l'Asie, « et la tenoient (disent Plutarque et son » traducteur Amyot) en telle captivité, que » particulièrement les pauvres pères es» toient contraints de vendre leurs beaux » petits enfants et leurs jeunes filles à ma» rier, pour payer la taille, et l'usure de » l'argent qu'ils avoient emprunté pour la » payer. Encore à ces fins estoient-ils eux» mêmes adjugés comme esclaves à leurs » créanciers, pour user le demourant de

[1] Mon comm. du *Prêt* (*Préface*).

[2] Tit.-Liv., II, 24, 27, 28.

[3] *Id.*, II, 27.

[4] V. les paroles de Manlius dans Tit.-Liv., XI, 6.

[5] Mon comm. du *Prêt* (*Préface*). Tit. Liv., VI, 14, et XI, 6.

[6] Mon comm. du *Prêt* (*Préface*).

[7] Tit.-Liv., II, 27 : Quum in jus duci debitorem vidissent undique convolabant, neque, quum decresset, quisquam obtemperabat. Vi agebatur... *Id.*, VI, 14. 34, 35, 36, 37.

[8] Voyez la note suivante.

[9] « Edixit · qui capitalem fraudem ausi, quique » pecuniæ judicati in vinculis essent, qui eorum » apud se milites fierent, eos noxa pecuniaque sese » exsolvi jussurum. » Tit.-Liv., XXIII, 14.

» leurs jours en misérable servitude. Et » pire encore estoit ce qu'on leur faisoit » endurer avant qu'ils fussent eux-mêmes » adjugés; car ils les emprisonnoient et » leur donnoient la gêne, ils les destiroient » sur le chevalet, ils les mettoient aux ceps, » et les faisoient tenir à découvert tout de- » bout en la plus grande chaleur d'été au » soleil, et en hiver dedans la glace, telle- » ment que la servitude leur sembloit un » relèvement des misères, et repos de leurs » tourments [1]. »

Ce récit nous place hors de l'Italie, et cependant il semble calqué sur la loi des Douze Tables; c'est la *manus injectio* et l'*addictio* avec leur terrible procédure, moins la mort et la vente. Est-ce une importation romaine et une extension de la loi protectrice des créanciers romains? Ou bien est-ce l'un des échos de cette grande voix du droit ancien, qui, résonnant en Asie sur un ton aussi lugubre qu'en Italie, condamne le débiteur à payer sa dette par son corps?

Cicéron donne également un témoignage de l'existence de l'addiction [2]. Hermippus avait imprudemment cautionné, auprès des frères Fufius, chevaliers romains, un certain Héraclide, rhéteur qui tenait école et rendait ses élèves plus sots de moitié qu'il ne les avait pris; Hermippus fut obligé de payer les frères Fufius. Ayant exercé son recours contre Héraclide, celui-ci se mit à déclamer avec emphase pour prouver, à la manière des banqueroutiers, qu'il ne devait rien. Mais Hermippus, afin de rendre son éloquence muette, le poursuivit, le fit condamner, et conduisit l'exécution de la sentence jusqu'à l'addiction et la prison privée [3].

La loi *Rubria*, pour la Gaule cisalpine, fait aussi allusion à l'addiction et à ses conséquences lorsqu'elle répète à diverses reprises le *duci jubeto* [4]. Et c'est ce dont se plaignaient les hommes perdus de dettes qui s'étaient jetés dans la conspiration de Catilina, et auxquels Salluste prête ces amères récriminations : « *Neque quo periculum aliis faceremus, sed uti corpora* » *nostra ab injuria tuta forent, qui,* » *miseri egentes,* VIOLENTIA *atque crudelitate fœneratorum, plerique pa-* » *tria, sed omnes fama atque fortunis* » *expertes sumus. Neque cuiquam licuit, more majorum, lege uti, ne-* » *que amisso patrimonio* LIBERUM CORPUS » *habere; tanta sævitia fœneratorum* » *atque prætoris fuit* [5]. » Il eût été plus commode en effet pour ces débauchés de payer leurs dettes avec la banqueroute [6], et de trouver dans quelque loi d'abolition un remède à leur situation. Car ce sont les banqueroutes d'autrefois [7] qu'ils appelaient le droit antique de la république, et ils auraient voulu que les préteurs fussent venus, par quelque mesure analogue, au secours de leurs dérèglements et de leur mauvaise foi. Mais les préteurs, outre qu'ils craignaient l'exemple d'Asellio, assassiné par la faction des créanciers pour avoir remis en vigueur l'usure semoncière tombée en désuétude [8], les préteurs, dis-je, avaient autre chose à faire qu'à mettre leurs édits au service de méprisables et odieux libertins. Ils veillaient au soin de la justice, et nous verrons bientôt ce que l'équité leur suggéra pour corriger la vieille sévérité romaine. Si les amis de Catilina n'avaient pas été aveuglés par la passion, au lieu de les accuser de cruauté, ils auraient vanté leur modération et les tendances humaines de leur jurisprudence.

Quoi qu'il en soit, l'addiction se retrouve

[1] Vie de Lucullus, 35, 36; et 20. Mon comm. du *Prêt* (*Préface*).

[2] Pro Flacco, 20 : Quum judicatum non faceret, *addictus Hermippo, et ab hoc ductus est.*

[3] Héraclide paya en vendant quelques esclaves (*loc. cit.*, 21).

[4] Ch. 21 et 22.

[5] Bell. Cat., c. 33.

[6] *Id.*, c. 33.

[7] Mon comm. du *Prêt* (*Préface*).

[8] *Id.*

encore à l'époque de Sénèque [1]. Ce philosophe propose comme exemple d'un bienfait la délivrance d'un *addictus* par une généreuse intervention. Et ce qu'il y a d'important à constater, c'est que l'addiction était toujours accompagnée de rigueurs comme dans des temps plus anciens. Car Aulu-Gelle dit : *Addici nunc et* VINCIRI *multos videmus, quia vinculorum pœnam deterrimi homines contemnunt* [2].

Enfin, Quintilien revient plusieurs fois sur la condition des *addicti*. Dans une des déclamations qui lui sont attribuées, il pose cette thèse curieuse [3] : Un citoyen qui avait chez lui un *addictus* avait fait un testament par lequel il avait affranchi tous ses esclaves. Après sa mort, l'*addictus* demanda la liberté en vertu de cet acte de la volonté suprême du défunt. Mais on lui répondit que l'addiction ne l'avait pas fait esclave au même titre que les esclaves proprement dits; que la manumission ne s'appliquant qu'aux vrais esclaves, elle n'était pas un moyen de faire cesser son état; qu'ainsi il n'était pas compris dans le testament. C'était l'application d'une idée émise ailleurs par le même Quintilien, à savoir. que l'*addictus* ne tombait pas dans une vraie servitude, et qu'il conservait son prénom, son nom, son surnom, sa tribu, toutes choses propres à l'homme libre et que l'homme libre pouvait seul avoir [4].

Voilà certainement de nombreux témoignages littéraires qui nous montrent la longue continuité de l'addiction. Les textes juridiques abondent pour en constater l'existence dans la société romaine, sous les empereurs.

Hac lege excipientur, dit Paul, *judicati etiam et confessi, et qui ideo in carcerem duci jubentur, quod jus dicenti non obtemperaverunt* [5].

Mais voici un passage de Caius bien plus curieux et bien plus important; il nous représente l'*addictus* comme entré dans le domaine du créancier : *Si quis liberorum nostrorum... sive etiam judicatus, vel auctoratus meus subreptus fuerit* [6].

Et Ulpien complète le tableau en y ajoutant les liens et les chaînes qu'en vertu de son pouvoir privé le créancier faisait peser sur sa personne asservie [7]. Ce qui fait dire à Cujas : « *Et ita olim debitores,* » *tanquam servi, ibant in nervum, ju-* » *bente creditore, qui ob eam rem apud* » Hesychium, ἐγγαλως κελή : *quia nervus ille* » *cruribus injiciebatur* [8]. » Il semble même que ces détestables habitudes de tourments corporels se soient continuées jusqu'à Justinien; car ce prince les proscrit formellement dans une de ses constitutions: *Omni corporali cruciatu remoto* [9]. Et il rappelle, dans une de ses *novelles* [10], que la cession de biens a spécialement pour but d'affranchir le débiteur du supplice de son corps : *Quasi dum corporis supplicium ei remittitur* [11].

Il est donc incertain que la loi des Douze Tables, cette *lex immanis,* a eu un profond retentissement dans la civilisation romaine, et qu'il a fallu autre chose que des émeutes accidentelles ou des conspirations éphémères, quoique fréquentes, pour en

[1] *De beneficiis,* III, 8 : « *Hic pecuniam pro* » ADDICTO *dependit.* »

[2] *Noct. attic.,* XX, 1.

[3] Décl. 311.

[4] *Instit. orat.,* V. 10. et VII. 4. Cujas, récit. sol. sur le Code, l. 12, C., *de oblig. et act.* Saumaise, p. 877. Caius met aussi l'*addictus* au rang des hommes libres. III. 199.

[5] *Sent.*, V, 26. §§ 1 et 2. *Junge* Ulp., l. 13, § 2, D., *de injuriis;* Rufinus, l. 34, D., *de re judicata;* Alex., l. 1, C., *qui bonis cedere.*

[6] III, 199.

[7] *Fieri enim poterat ut quis in vinculis præsens esset, vel in publica* VEL IN PRIVATA VINCULA *ductus. Nam et eum, qui in vinculis est, si modo non sit in servitute, posse usu acquirere constat.* L. 23, D., *ex quib. causis.*

[8] Sur le tit. du C. *de privatis carcerib. inhib.*

[9] L. 8, C., *qui bonis ced. poss.*

[10] Nov. 135, c. 1.

[11] V. aussi la loi 1, C. Théod., *qui bonis cedere poss.*

dette, et l'ingénuité qui la précédait ne cesse pas par elle et reste entière après elle.

Maintenant il reste une question à se faire : L'*addiction* de la loi des Douze Tables épargnait-elle l'ingénuité du débiteur aussi bien que l'*addiction* contemporaine de Quintilien et de Caius? N'imposait-elle qu'une servitude temporaire, conditionnelle, subordonnée au payement de la dette?

Je ne puis que répondre négativement à ces deux questions.

Il est vrai que, pendant les soixante jours qui s'écoulent après l'addiction, le débiteur est plutôt esclave de fait que de droit [1]; il peut se libérer et reconquérir par là son ancienne position : témoin ce centurion que Manlius délivre *per æs et libram* [2]; il a même la capacité de contracter, de prendre des arrangements avec son créancier et de transiger. La loi des Douze Tables est formelle sur ce point [3]. Il conserve aussi la propriété de ses biens; car la loi des Douze Tables lui permet de se nourrir de son revenu : *Si volet, de suo vivito* [4]. Mais, après que les soixante jours sont expirés, tout est consommé. L'addiction produit les effets d'une attribution définitive de la propriété de la personne du débiteur, au profit du créancier. L'*addictus* est esclave de droit et de fait; sa personne civile est éteinte radicalement, et le pouvoir suprême du créancier se signale sur son corps par ce qu'il y a de plus irremédiable, par la vente, ou même par la mise à mort.

« *Nec portitor orci*
» *Amplius objectum passus transire paludem* [5]. »

Je reconnais cependant que la vente et la mise à mort du débiteur cessèrent de bonne heure d'être pratiquées; j'en ai fait ci-dessus l'observation. Mais la désuétude de ces atroces effets de la puissance dominicale n'ébranla pas de longtemps celle-ci; elle se traduisit par d'autres applications : *servitium, ergastulum, carnificina* [6]. Elle conserva son caractère de peine [7]. Dans un fragment que je citais tout à l'heure, Plutarque nous apprend que du temps de Lucullus l'addiction entraînait une servitude perpétuelle.

Ce n'est donc que par un changement insensible, et probablement par les adoucissements de la jurisprudence prétorienne, que l'addiction se présente plus tard avec des caractères plus modérés. Il est probable que l'ordre du préteur d'emmener le débiteur (*duci jubere*) aura été tempéré dans la formule par ces paroles ou autres analogues : *donec pecuniam solverit serviat*.

Sans doute le débiteur était toujours conduit chez le créancier, comme du temps des Douze Tables [8], et le *tecum ducito* donnait au créancier un droit de prise de possession qui, suivant l'antique usage, lui permettait de mettre une chaîne aux pieds du débiteur ou un carcan à son cou. Aulu-Gelle atteste que c'est encore ce qui se pratiquait de son temps [9]. Mais après les soixante jours écoulés sans payement, ce n'était plus le courroux déployé contre la personne même du débiteur par la loi des Douze Tables. La servitude définitive, accompagnée du droit de vie et de mort, n'était plus le dénoûment légal de l'*addictio*. Une procédure plus humaine, dont nous allons rendre compte, avait permis de détourner le coup porté à la personne et de le faire tomber sur les biens. D'un autre côté, la cession des biens avait été inventée, ainsi que nous le verrons encore dans un instant, et elle avait sauvé la liberté malheureuse et de bonne foi par le sacrifice volontaire des biens. De toutes parts,

[1] M. Ortolan, p. 1017.
[2] Tit.-Liv., précité.
[3] *Suprà*.
[4] Aulu-Gelle, XX, 1.
[5] Virg., IV *Georgic.*, v, 502, 503.

[6] Tit.-Liv. II, 23. Ou bien : *In servitutem ac vincula duci* (*id.*, VI, 14).
[7] *Pœna in vicem fidei cesserat* (Tit.-Liv., VI, 34).
[8] Cicer., *Pro Flacco*, XX. Caius, IV, 21.
[9] XX, 1.

donc, un travail favorable à la liberté s'était fait dans les esprits, et il n'est pas étonnant dès lors que l'antique servitude du débiteur, amoindrie et atténuée, soit passée à l'état d'une simple possession, compatible jusqu'à un certain point avec l'état d'homme libre, et accompagnée d'équitables ménagements.

Voyons à présent les détails de la nouvelle procédure qui va s'adresser à la chose; nous arriverons ensuite à la cession de biens.

J'ai dit que, du temps des actions de la loi, Rome ne connaissait pas de voie d'exécution qui, séparant les biens de la personne, permît d'enlever au débiteur sa propriété sans toucher à sa personne. Toutes les poursuites se concentraient sur le corps du débiteur, et ce n'était qu'en se saisissant du corps qu'on pouvait arriver jusqu'à ses biens [1].

C'est cependant une idée qui nous semble aujourd'hui bien simple que de diviser la double garantie qu'offrent la personne et les biens, et de permettre à celle-ci de s'exercer sans celle-là. Mais ce qu'il y a de plus simple n'est pas toujours ce qui est le plus facile à découvrir. Il fallut bien du temps pour arriver à comprendre que l'homme n'est pas tellement incorporé à sa chose qu'on ne puisse la détacher de lui en laissant sa personne à l'écart.

Les préteurs, qui exercèrent avec tant d'intelligence leur haute magistrature, finirent par apercevoir cependant combien cette séparation de la garantie personnelle et de la garantie réelle était équitable. Ils avaient un précédent important [2]. Lorsqu'une personne avait été condamnée, sur une accusation publique, à une peine qui entraînait l'attribution de ses biens au trésor, une décision du préteur envoyait les questeurs du trésor en possession de l'universalité des biens du condamné, et ceux-ci en faisaient publiquement la vente *sub hasta*. Les acquéreurs étaient censés succéder *in universum jus*; ils acquéraient le domaine quiritaire de cette sorte d'hérédité [3]. Ces acquéreurs n'achetaient ordinairement que pour faire une spéculation et pour revendre en détail. Voilà pourquoi on les appelait *sectores* [4]. De là, la *sectio bonorum*, c'est-à-dire la vente publique et aux enchères des biens acquis à l'État par confiscation, et l'ouverture de la succession des condamnés au profit des acheteurs ou *sectores* [5].

Ce précédent était remarquable; il suffisait de le généraliser en appliquant aux débiteurs privés cette expropriation seulement applicable aux condamnés envers l'État. C'est ce que firent les préteurs en organisant une procédure spéciale, à savoir, la *bonorum proscriptio*. Cette invention féconde, due, à ce qu'il paraît, aux premiers essais du préteur Publilius Rutilius [6], est célébrée par Tertullien comme un heureux progrès [7].

Mais, alors qu'ils innovaient avec le plus de hardiesse, les préteurs cherchaient toujours à conserver l'apparence de la fidélité à ce vieux droit qui, dans les superstitions populaires, était appelé à d'aussi longues destinées que la ville éternelle. C'est la marche qu'ils suivirent ici; ils transportèrent sur les biens l'exécution pénale que la loi des Douze Tables faisait subir à la personne; au lieu de livrer le corps du débiteur, ils livrèrent de préférence ses biens; au lieu du partage de ses restes inanimés,

[1] Si Tite-Live (II, 24) parle d'une défense faite par Servilius de saisir et de vendre les biens du soldat sous les drapeaux, c'est qu'il ne parle que de soldats (Zimmern, p. 126, note finale).

[2] V. Caius, IV, 146.

[3] Varron, *De r. r.*, II, 10.

[4] Caius, IV, 145, 146. Asconius, *Ad Cicer. Verrin.*, I, 20 Cicer., *Pro Roscio Amerin.*, 65; Saumaise, p. 829.

[5] V. là-dessus Cicéron, *Pro Roscio Amerin.*, 29, 31, 33, 36, 43, 51, 63, etc., etc.; *in Verrem*, I, 20 et 23; *Philip.*, II, 26, 29, 59. Tit.-Liv., 38, 58, 60. Valer. Max., I, 8 Aulu-Gelle, VII, 19.

[6] Caius, IV, 35.

[7] *Apolog.*

ils permirent le partage du prix de ses biens vendus aux enchères. La loi des Douze Tables voulait l'effusion du sang du débiteur; le préteur se contenta de la *suffusion* [1], et mit la honte à la place de la mort [2]. Cet artifice du préteur a été très-bien signalé par Cujas [3] : *Hic quidem ordo edicti, id est, exsequendi judicati, est proximus ordini duodecim Tabularum... Secabatur corpus in partes; secantur tantum bona et fama debitoris ex edicto;* et il rappelle ingénieusement, à ce propos, un texte du jurisconsulte Paul [4] qui, pour compléter l'analogie, compare à la mort prononcée par les Douze Tables l'expropriation prétorienne, par laquelle le débiteur est dépouillé et traité comme s'il n'existait plus [5]. Il aurait pu ajouter que la même comparaison se trouve dans Cicéron : « Celui dont les biens ont été mis à l'encan, celui qui a vendu non-seulement ses riches domaines, mais jusqu'à ses vêtements et jusqu'à ses aliments jetés aux pieds d'un crieur public, celui-là n'est pas seulement retranché du nombre des vivants, il est, pour ainsi dire, rabaissé au-dessous même des morts [6]. »

Nous devons à Caius [7] et à Théophile [8] la description exacte de la nouvelle procédure [9].

Les trente jours de la loi des Douze Tables, cette sorte de trêve accordée au débiteur, sont encore observés [10]. Mais, à la différence de la loi des Douze Tables qui, passé ce délai, entraîne le débiteur devant le préteur et le frappe du décret qui permet de le mettre aux fers, l'édit prétorien, sans abroger cette ancienne forme d'exécution, qui reste toujours un des modes de faire sortir à effet la chose jugée, l'édit prétorien, dis-je, en construit un autre tout à fait distinct [11]. Il ne s'attache pas au corps du débiteur, il ne le torture pas pour en tirer une satisfaction; il ne songe pas à le vendre pour en faire sortir un prix. Ces supplices et ces rigueurs se rattachent à un autre ordre d'exécution, à l'exécution corporelle, et il s'agit ici d'une exécution sur les biens, abstraction faite de la personne. C'est pourquoi le préteur, au lieu de sévir contre la personne et de provoquer par des tourments l'obéissance à la chose jugée, rend, sur la demande des créanciers réunis en assemblée, un décret qui les met en possession de tous les biens du débiteur et les autorise à en faire annoncer la vente par des affiches.

On a dit, sur le fondement de la loi *Rubria*, que la procédure dont nous nous occupons ici débutait, ainsi que du temps des Douze Tables, par le *ducijubere*, et que l'emprisonnement préalable du débiteur en était une des phases nécessaires [12]. C'est ce que je ne saurais admettre en aucune manière. Ni Caius ni Théophile ne parlent de la conduite du débiteur chez le créancier comme du préliminaire de la mise en possession, et Cicéron, à qui nous devons des témoignages curieux sur la *bonorum proscriptio* [13], ne dit pas un

[1] C'est le jeu de mots de Tertullien, *loc. cit.* : *Suffundere sanguinem hominis moluit, quam effundere.* Le mot *suffusion*, que j'ai osé employer, est un néologisme; il était nécessaire ici.

[2] Saint Jérôme dit : *Non idem suffundi et torqueri.* Car *suffundi*, c'est *erubescere*; tandis que *torqueri*, c'est *longo tempore cruciori.*

[3] Sur le tit. du C. *qui bonis cedere possunt.*

[4] L. 65, § 12, D., *pro socio.*

[5] *Nam cum in ejus locum olius succedot, pro mortuo hobetur.*

[6] *Pro Quintio*, XV : « Is non modo ex numero » vivorum exturbatur, sed, si fieri potest, infra » etiam mortuos amandatur. »

[7] III, 77 et suiv.

[8] Sur les Instit., *de succession. subl.*

[9] V. M. Zimmern, § 76. M. Boojean, t. II, § 391.

[10] Caius, III, 78 et suiv.

[11] Cujas, *loc. cit.*

[12] M. Zimmern, § 76. M. Ortolan, p. 1088. M. Levieil, p. 68 et 71, d'après des auteurs allemands.

[13] *Pro Quintio*, VI, et *ad Attic.*, I, 1, et VI, 1 : *Postulot à Burrhieno prœtore Nævius ut ex edicto bona possidere liceat.* Précisément, Nævius avait profité de l'absence de Quintius pour faire vendre ses biens. Donc l'emprisonnement préalable n'était pas nécessaire.

mot qui puisse autoriser une telle opinion. Le préteur eût été inconséquent, il se serait mis en contradiction avec lui-même, puisque son but était de laisser à l'écart le corps du débiteur et de donner aux créanciers un recours séparé sur les biens.

Il est vrai que la loi *Rubria* porte ce qui suit [1] : « *Prætor... eosque duci, bona » eorum possideri, proscribique, venire- » que jubeto.* » Mais de ce que cette loi met le *duci jubeto* dans les attributions du préteur, aussi bien que la *bonorum proscriptio,* il ne s'ensuit pas que le *duci jubeto* soit un incident de la *bonorum proscriptio.* Le *duci jubeto,* c'est l'exécution antique en vertu de la loi des Douze Tables; c'est l'une des voies qu'ont les créanciers pour arriver à faire exécuter le jugement. L'ordre émane de l'autorité du préteur; il est donné par lui. Mais, outre cette action, il y en a une autre, qui met aussi en mouvement la juridiction du préteur; c'est la *bonorum proscriptio* d'origine prétorienne. Ces deux moyens d'exécution ne doivent pas plus être confondus que la contrainte par corps et la saisie réelle ne peuvent l'être aujourd'hui.

Voilà donc les créanciers mis en possession de tous les biens du débiteur, et autorisés à en faire annoncer la vente par des affiches [2]. Cette possession durait trente jours [3], pendant lesquels la vente était annoncée avec solennité par des publications qui imitaient l'exposition publique du débiteur aux trois marchés consécutifs de la loi des Douze Tables.

Après ces trente jours, les créanciers revenaient devant le préteur, et, sur leur demande, ce magistrat les autorisait à choisir un syndic dans leur sein (*magister*) [4]. Ce syndic était chargé de poursuivre en leur nom la vente des biens, et de recevoir les enchères, conformément à un cahier des charges [5] dressé par eux avec l'autorisation du préteur. Ce cahier des charges (*lex bonorum vendundorum*) imposait au futur acquéreur l'obligation de payer à titre de prix aux créanciers un dividende plus ou moins fort.

Pendant trente nouveaux jours, qui, ajoutés aux trente jours précédents, formaient les soixante jours sacramentels de la loi des Douze Tables, les enchérisseurs accouraient et se pressaient. Ils se disputaient ces restes d'un patrimoine obéré, et Cicéron les compare à des bourreaux qui déchirent les débris d'un corps coupable [6]. Le *præco* publiait leurs enchères [7].

Enfin les soixante jours étant expirés, le préteur prononçait l'adjudication au profit du plus offrant et dernier enchérisseur [8]. Cette adjudication n'était pas une vente d'une chose particulière ou de plusieurs; c'était la vente de l'universalité des biens et droits du débiteur. L'adjudicataire était successeur universel; il succédait *in universum jus* [9]. Mais il ne succédait pas comme héritier du droit civil; il n'avait qu'une succession prétorienne, imitation de la succession civile [10]. C'est pourquoi il n'avait que des actions utiles à exercer au nom du débiteur, et c'était également par des actions utiles que les créanciers pouvaient

---

[1] L. Rubria, *Galliæ cisalpinæ*, c. 21, 22. Elle a été commentée par Dirksen.

[2] Caius, III, 78, 79 : *Jubet prætor per dies continuos* XXX *possideri et proscribi.* Cicéron, *Pro Quintio*, VI : « *Postulat à Burrhieno prætore Nævius ut » ex edicto bona possidere liceat. Jussit bona possi- » deri.* » Les affiches s'appelaient *libelli* (Cicér., *Pro Quintio*, VI, 19, 20) Senèq., IV, *De benef.*, 12. Ou bien : *titulus* (Pline le jeune, VII, *epist.* 27). Ou bien : *album* (table d'Héraclée, V. 15, 18)

[3] Caius, III, 79. Cicér., *Pro Quintio*, VIII : « Quoniam ejus, ex edicto prætoris bona, dies XXX » possessa sint. »

[4] Caius, III, 79. Cicér., *Pro Quintio*, XV ; *ad Attic.*, I, 1 ; VI, 1.

[5] Cicér., *Pro Quintio*, XV. Théoph.

[6] *Ad auctionem bonorum debitoris, convenire bonorum emptores,* UT CARNIFICES *ad reliquias vitæ lacerandas* (*Pro Quintio*, XV).

[7] Cicér., *Pro Quintio*, XV.

[8] Caius, *loc. cit.* Théophil., *loc. cit.*

[9] Justinien, Instit., *de success. sublatis.*

[10] Caius, III, 77 et suiv.; IV, 15 et 80. Théophil., *loc. cit.* Zimmern, p. 252.

obtenir de lui chacun leur *prorata* [1].

Quant au débiteur, il éprouvait un changement d'état qui détruisait son *existimatio* par une diminution infamante [2]. Il était censé mort à ses créanciers en vertu d'une fiction qui imitait la loi des Douze Tables [3], et il ne pouvait plus être recherché [4].

Telle fut la *proscriptio bonorum ;* on la voit en pleine vigueur du temps de Cicéron [5]. Elle introduisit à côté de l'action contre le corps, une action contre les biens. Elle constitua un ordre de poursuites nouveau et distinct de l'exécution corporelle [6]. L'exécution corporelle continua sans doute à être en usage. Procédant de la loi des Douze Tables, elle était la voie civile [7]. Au contraire, l'exécution contre les biens procédait de l'édit du préteur, et n'était qu'une imitation de la loi des Douze Tables [8]. Elle devint le mode le plus ordinaire d'agir contre les débiteurs dont le patrimoine offrait des ressources, tandis que l'exécution corporelle n'était plus employée que contre les débiteurs qui n'avaient que peu ou point de biens [9].

On le voit : c'était beaucoup que d'avoir séparé la personne du débiteur de ses biens; la jurisprudence prétorienne avait brisé le matérialisme qui identifiait la personne avec la chose.

Cette innovation en amena une autre, qui date de la fin de la république. Je veux parler du bénéfice de cession, accordé par une loi de Jules César, appelée *lex Julia* [10]. César avait porté une grande sollicitude à l'amélioration du sort des débiteurs écrasés par l'usure [11]. Il avait facilité l'acquittement des dettes en les réduisant d'un quart; il avait ramené le crédit en forçant les débiteurs à payer le surplus en immeubles. Ce qui fait dire à Tacite : *Sic refecta fides.* Il est probable que cette loi du sage et puissant dictateur, appelée *lex Julia de datione in solutum,* est aussi celle qui établit le bénéfice de cession. Pour épargner au débiteur malheureux et de bonne foi les rigueurs de l'exécution corporelle [12], la loi *Julia* l'autorisait à faire cession à ses créanciers de l'universalité de son avoir. Sur sa déclaration solennelle [13], on procédait à la vente en masse dans les formes établies pour la *bonorum proscriptio* [14]. Par là, le débiteur évitait, outre la prison privée, l'infamie de l'expropriation [15]. Je dis qu'il évitait l'infamie de l'expropriation, et c'est ce que décide l'empereur Alexandre Sévère dans la loi 11 au C., *ex quibus causis infamia irrog.* [16]. La raison en est, comme le dit Cujas, que la vente ne se faisait pas malgré lui comme dans le cas de *bonorum proscriptio* [17]. Par l'effet du bénéfice de cession, le débiteur était libéré, sinon *ipso jure,* du moins

[1] Caius, III, 80, 81 ; IV, 35. Théophil., *loc. cit.*

[2] Cicér., *Pro Quintio*, VIII, IX, XIII, XV. Sénèque, *De benef.*, VII, 1. Caius, II, 154, et III, 24. Tertullien, *Apol.*, IV. Just., Instit., *de hæred. qualit. et diff.*, § 1.

[3] Arg. de ce que dit Paul, l. 65, § 12, D., *pro socio.* Cujas sur le tit. du C. *qui bonis cedere possunt.*

[4] M. Ortolan, p. 1080. Voy. cependant Caius, II, 155.

[5] *Pro Quintio*, et *ad Attic.*, I, 1 ; VI, 1. Cujas, notes sur les Instit., tit. *de success. subl.*

[6] Cujas sur le C. *qui bonis cedere poss.*

[7] Cujas, *loc. cit.*

[8] *Id.*

[9] « *Quod si judicatus*, dit Cujas (*loc. cit.*), *nihil* » *aut parum habuerit in bonis, ut altero judicatum* » *exsequi possit, tunc alio modo fit executio, quod* » *etiam ex 12 Tabulis, puta judicato detruso in car-* » *cerem, licet huic rei, ut hodie fit, in contrahendo, se* » *nominatim non obstrinxerit.* »

[10] Caius, III, 78, et le C. Théod. au titre *Qui bonis* EX LEGE JULIA *cedere possunt.* On pense qu'elle était d'Auguste. Saumaise soutient avec plus de raison qu'elle était de Jules César (p. 851), et cela d'après Tacite. Voy. Heinecc., lib. III, t. 29, § 8.

[11] Tacite, Annal., IV. Suét. sur Jul. César, c. 42, et Tiber., 48. César, *De bello civili*, III, 1.

[12] Alex., l. 1, C., *qui bonis cedere possunt.*

[13] L. 2, C. Th., *qui bonis ex lege Julia ced. poss.*

[14] Caius, III, 78.

[15] Cujas sur le C., *qui bonis ced. poss.*

[16] An 224. Cujas, *loc. cit.* Voy. aussi la loi 8, C., *loc. cit.*

[17] Exposit. de la novelle 135.

par l'exception *nisi bonis cesserit* [1]. Toutefois, s'il acquérait après la cession de biens de nouvelles facultés, il pouvait être actionné par ses créanciers [2], sauf à lui laisser ce qui lui était nécessaire pour ses besoins personnels [3].

Nous voici maintenant parvenus à ce point :

Le débiteur condamné est dans tous les cas saisissable par corps ; il n'est pas besoin qu'une convention ait engagé son corps au créancier ; par l'effet de la chose jugée, le créancier a le droit de faire prononcer son addiction et de le conduire dans sa maison pour lui faire subir, jusqu'à ce qu'il paye, les travaux et les traitements réservés aux esclaves.

Cependant les créanciers pourront préférer à cette exécution corporelle la vente des biens du débiteur ; ils le déposséderont, ils ouvriront sa succession avant le temps, et le traiteront comme s'il était mort ; il est mort en effet à l'honneur et au crédit ; il est déchu de son état et couvert d'infamie [4]. Mais du moins son corps sera sauf ; il conservera sa liberté.

Toutefois, un remède secourable pourra l'arracher tout à la fois à l'ignominie et à la perte de la liberté. C'est la cession des biens, volontairement offerte par lui à ses créanciers. Mais ce bénéfice, réservé pour le malheur et la bonne foi, est refusé à l'homme sans probité et sans conduite. Celui-ci subira les rigueurs de l'addiction ou l'ignominie de l'expropriation, et il y aura une différence, réclamée du reste par la philosophie stoïcienne, entre celui qui aura dissipé dans la débauche l'argent de son créancier, et celui qui a été frappé dans sa fortune par des malheurs imprévus [5].

A présent, il faut faire quelques pas de plus et rechercher les modifications de l'exécution corporelle sous les derniers empereurs païens et sous les empereurs chrétiens.

Après les troubles qui avaient agité la république et les guerres civiles qui l'avaient déchirée, de grandes perturbations s'étaient fait sentir dans la distribution des fortunes privées. Beaucoup de pauvres d'autrefois étaient devenus riches, beaucoup de riches étaient devenus pauvres, tellement qu'il avait fallu faire des lois d'exception pour les personnes d'un certain rang tombées en déconfiture. Un sénatus-consulte, dont nous ne connaissons pas la date, mais qui est plusieurs fois mentionné dans les livres du droit romain, décida que si le débiteur était une *clara persona*, par exemple un sénateur [6], les biens dont il serait exproprié ne seraient pas vendus par la procédure infamante de la *bonorum proscriptio ;* mais que, pour lui conserver son état et son honneur, ils seraient vendus en détail par le ministère d'un curateur nommé par le préteur ou le président de la province [7]. *Ut honestius* (dit Caius), *ex bonis ejus quantum potest, creditoribus solveretur*. C'est ce qu'on appela la *distractio bonorum*, par opposition à la *bonorum proscriptio*. Ceci est caractéristique et indique un changement profond dans les mœurs nationales. Les expressions patriciens et créanciers, plébéiens et débiteurs, n'étaient plus synonymes ; le commerce avait élevé des fortunes nouvelles ; les guerres intestines et les proscriptions avaient déplacé les fortunes anciennes ; et plus d'un noble atteint par les vengeances politiques, avait pu s'écrier : *C'est pour ma maison d'Albe*. Le crédit était passé

---

[1] Cujas sur le tit. du C., *qui bonis ;* l. 3, C., *de bonis auct. judic. poss.*

[2] Alex., l. 1, C., *qui bonis ced. poss.*

[3] Anton., l. 3, C., *de bonis auct. jud. possid.* Ulp., l. 4, D., *de cessione bonor.* (Just., Inst., *de action.*, § 40).

[4] Cicér., *Pro Quintio*, XV : « *Vita turpis*... » Hujus omnis fama et existimatio bonis simul pos- » sidetur. »

[5] Senec., *De benef.*, VII, 16.

[6] L. 100, D., *de verb. signif.*

[7] Caius, l. 5, D., *de curat. furiosis et aliis.* Nerat., l. 9, D., *loc. cit.* Papir. Just., l. 4, D., *de curat. bonis dando.*

des sénateurs aux chevaliers [1], des chevaliers aux premiers venus [2]. On n'était plus riche seulement parce qu'on avait un rang : on l'était encore parce qu'on avait été heureux dans des spéculations commerciales ou maritimes [3]; parce qu'on avait bien exploité les provinces par les prêts usuraires [4]; parce qu'on s'était vendu chèrement dans les élections [5]; parce qu'on avait acheté à bas prix les biens des proscrits, etc., etc. Sous l'empire, la confusion des classes s'était ajoutée au pêle-mêle des fortunes, et souvent l'affranchi, esclave de la veille [6], le parvenu, poussé d'un coup de roue [7], éclipsaient, par leur faste et leurs immenses domaines, le noble mais pauvre rejeton des plus antiques familles. Il n'y avait donc plus de préjugé de caste qui eût intérêt à maintenir, comme moyen de domination politique, les rigueurs du droit aristocratique contre les débiteurs. D'ailleurs, le christianisme s'était avancé, et la parole évangélique, résonnant aux oreilles du vieux monde comme une harmonie céleste, avait inspiré à la société tout entière des idées d'émancipation et d'humanité que la philosophie stoïcienne n'avait communiquées qu'à quelques rares adeptes.

Alors voici ce qui arriva.

Je ne m'arrêterai pas à un changement de jurisprudence qui enleva à l'expropriation forcée le caractère d'une succession prétorienne, et la convertit en une vente particulière des biens faite à des acquéreurs n'ayant plus le caractère de successeurs *in universum jus* [8]. Ce changement tient plutôt au remplacement des instances ordinaires par les instances extraordinaires [9]. S'il améliora le sort des débiteurs, c'est seulement parce qu'il retrancha beaucoup d'ambages et de formalités inutiles [10]. Il laissa subsister l'infamie [11], et sous ce rapport le débiteur resta frappé comme auparavant de la réprobation de l'opinion et de la loi.

Mais c'est ce qui suit qui est important.

Nous avons vu que les *addicti*, livrés à un maître comme des esclaves, étaient employés dans la maison et dans les domaines du créancier à des travaux pénibles ; nous savons aussi que, pour les contraindre à ces travaux, le créancier avait à sa disposition les fers [12] et les tourments [13]. Les abus de ce régime étaient criants. L'ingénuité des débiteurs, conservée en point de droit, était souvent compromise en fait ; et, de plus, le créancier pouvait pousser jusqu'à la plus cruelle exagération son droit au travail et son droit de correction. C'est pourquoi un usage s'était introduit en vertu duquel le débiteur, au lieu d'être conduit chez le créancier [14], était détenu dans une prison publique [15]. Ce second mode d'exécution de la chose jugée avait plus de conformité avec les tendances du pouvoir impérial, toujours soigneux d'amoindrir les pouvoirs domestiques et de former auprès du trône un faisceau public de leurs droits démembrés. Les empereurs Dioclétien et Maximien crurent donc devoir proscrire la servitude des *addicti* [16], cette

[1] Mon comm. de la *Société* (*Préface*, p. VIII, X, XI, XII, édit. Wahlen).

[2] Pline, *Hist. nat.*, lib. 33, 2 (8).

[3] Mon comm. de la *Société* (*Préface*, p. IV). *Id.* du *Prêt* (*Préface*, p. XXXII).

[4] Mon commentaire de la *Société* (*Préface*, p. IV); Et mon commentaire du *Prêt* (*Préface*, p. XXIX et suiv.).

[5] Mon comm. du *Prêt* (*Préface*), p. XXXI.

[6] *Id.*, p. XXXII. Mon comm. de la *Société* (*Préface*, p. V).

[7] Pline, 33, 2 (8).

[8] Just., Instit., *de success. sublat.*

[9] Just., *loc. cit.*

[10] Just., *loc. cit.* : « *Per multas ambages fuerat* » *introducta.* »

[11] Just., Instit., *de hæred. qualit.*, § 1.

[12] Aulu-Gelle, XX, 1.

[13] Just., l. 8, C., *qui bonis ced. poss.*

[14] Comme dans le texte de Caius, III, 119.

[15] Paul, Sent., V, 26, §§ 1 et 2. Alex. Sévère, l. 1, C., *qui bonis ceder.* *Carcer*, employé dans les textes, doit se prendre dans le sens de prison publique, L. 224, D., *de v. signif.*; et Cujas sur le C., *de privat. carcerib.*

[16] L. 10, C., *de oblig. et act.* : « *Ob æs alienum*

servitude qui s'exerçait dans la maison du créancier, sous son autorité arbitraire et sous les châtiments infligés par sa volonté privée [1]. Ils voulurent que nul homme libre ne fût contraint de servir pour satisfaire au jugement qui le condamnait à payer. Dès ce moment, la prison publique paraît avoir été le mode le plus fréquent de subir l'exécution corporelle [2]. Elle conservait, du moins en apparence, plus d'égards pour la dignité humaine que la prison privée ; elle ne supposait pas qu'un homme appartînt à un autre homme ; le prisonnier relevait de la puissance publique et de l'État, plutôt que de la tyrannie d'un créancier, son égal et citoyen comme lui.

Mais tels étaient les préjugés du monde romain contre les débiteurs ; tels étaient aussi les excès d'inhumanité qui déshonoraient la plupart des institutions et enlevaient aux meilleures lois leur garantie de bonne exécution, que, dans ces prisons publiques placées sous l'œil de l'autorité, les *addicti*, traités comme de vils malfaiteurs, étaient, sur l'ordre de juges impitoyables, tourmentés par les coups et les tortures pour être contraints au payement. Ce fait ressort d'une manière éclatante d'une constitution de Constantin [3], et il rentre dans un ordre d'idées enraciné chez les anciens et d'après lequel la prison devait être un lieu horrible, un lieu d'effroi [4]. Il détermina Constantin à affranchir de la prison publique les débiteurs du fisc et à convertir leur emprisonnement en *custodia militaris* [5]. Était-ce là un élan de charité chrétienne trop élevé et trop peu préparé pour l'époque ? N'était-ce pas compromettre les intérêts fiscaux et les besoins si nombreux de la vaste administration romaine ? Ce qu'il y a de sûr, c'est que Gratien et Valentinien rétablirent la prison publique [6]. On assure même que Valentinien Ier restaura la peine de mort contre le débiteur insolvable [7]. Je n'en serais pas étonné. Une âme barbare comme la sienne dut se complaire dans ce droit sanglant inséparable de la barbarie.

Ce n'étaient cependant pas là les sentiments que l'Église enseignait à ses enfants. Accoutumée à se porter du côté des faibles et des affligés, elle était venue au secours des débiteurs malheureux et elle faisait appel à l'humanité des créanciers au nom de ce que la religion a de plus persuasif et de plus touchant [8]. Dans la seconde moitié du IVe siècle et au commencement du Ve, les voix des Pères de l'Orient et des Pères de l'Occident formèrent un concert incessant pour porter sur les débiteurs la miséricorde des créanciers et l'indulgence

---

« *servire liberos creditoribus jura compelli non patiuntur.* »

Beaucoup de jurisconsultes ont cru que cette loi défendait d'asservir les enfants pour les dettes du père, et M. Ortolan a reproduit cette opinion (p. 1088) ; elle est combattue par Cujas qui donne au mot *liberos* le sens d'hommes libres, et ne voit rien dans le texte qui autorise à prendre le mot *liberos* comme voulant dire enfants.

Junge Saumaise, p. 885. Il montre par une citation d'Harménopule, III, V, que cette loi doit s'entendre dans le sens de *debitores liberos*, et, de plus, qu'elle a été faite en vue des *addicti*, et non de ceux qui s'étaient volontairement engagés. Je dois dire cependant que Cujas, dans son commentaire sur les Sentences de Paul, V, 1, § 1, cite la loi 10, C., *de oblig*, dans le sens où *liberos* est pris pour enfants.

[1] L. 224, D., *de verb. signif.*

[2] Saint Ambroise : « *Erant pleni carceres negotiatoribus.* » (*Epist.* 206, cl. 1.) Voyez l. 22, C., *de episcopali audientia.*

[3] L. 2, C., *de exact. trib.*

[4] Constantius, l. 2, C., *de custodia reor.* : « *Dignus claustris carceris et custodiæ squalore.* » *Junge* Balde, *de carceribus*, c. 1, no 2.

[5] Pothier croit que cette loi fut générale ; d'après Cujas, elle n'était relative qu'aux débiteurs du fisc. Voyez son commentaire de cette loi au C., *de exact. trib.* C'était encore l'avis de Bartole. *Infrà*, no 446

[6] L. *Qui bonis ced. p.* ; ils regnèrent de 379 jusqu'en 384.

[7] Ammien Marcellin, lib. 27 : « Aliud audiebatur horrendum, quod ubi debitorem aliquem egestate obstrictum nihil reddere posse dicebatur, interfici debere pronuntiabat. » Il régna de 365 à 375.

[8] J'ai rappelé la doctrine des Pères dans mon comm. du *Prêt* (*Préface*).

des lois ; plus d'une fois les prisons, remplies de débiteurs obérés et de commerçants victimes de l'adversité, ouvrirent leurs portes aux exhortations de ces saints apôtres de charité [1]. Les prisons étaient soumises à la haute surveillance des évêques [2] ; le gouvernement désirait leur présence fréquente dans ces lieux de misère ; la religion l'exigeait de leur zèle, et la piété des vrais fidèles, dirigée par leur parole, considérait comme un des actes les plus méritoires devant Dieu la délivrance des prisonniers endettés.

Tel était l'état des choses lorsque s'écroula l'empire d'Occident.

Mais, dans l'empire d'Orient, le vieil usage de la prison privée paraît avoir résisté plus longtemps. Zénon fut obligé de renouveler, en 486, les défenses de Dioclétien ; pour les rendre plus efficaces, il déclara criminel de lèse-majesté quiconque aurait une de ces prisons, soit dans sa maison de ville, soit dans ses domaines ruraux [3]. Cette constitution eut encore besoin d'être rappelée par Justinien. Elle fut confiée par ce prince à la garde des évêques et des présidents de province [4].

Justinien, au surplus, épousa avec vivacité la cause des débiteurs, et plus le vieux droit leur avait été sévère, plus il s'appliqua à les couvrir de son indulgence [5]. Pour préserver le débiteur de la liberté, Jules-César avait cru faire assez en lui accordant le bénéfice de cession. Mais ce bénéfice, injurieux en quelque sorte pour le débiteur, quoique non légalement infamant [6], ne se montrait à Justinien que comme une déplorable extrémité, *flebile auxilium* [7], comme un remède acerbe, *acerbo effectu* [8]. Il ordonna en conséquence que le débiteur pût se libérer en forçant le créancier à recevoir en payement des immeubles. C'était aller contre les principes les plus élémentaires du droit ; mais l'empereur tenait moins à être juste qu'à passer pour clément [9] ; il préférait la gratitude des débiteurs aux murmures des créanciers [10].

Ce n'est pas tout. Si le débiteur, tombé dans la pauvreté par les coups de la fortune plutôt que par sa supine négligence [11], n'avait aucun bien à offrir à ses créanciers, l'empereur l'admit à se libérer en jurant qu'il était insolvable et dénué de ressources [12]. Cujas [13] rappelle à ce sujet la loi de la république qui délivra les *nexi* sur leur serment d'insolvabilité [14]. Justinien, en effet, l'ennemi du droit ancien, savait quelquefois trouver dans le droit ancien des prétextes ou des autorités pour ses innovations [15]. Ici, il le déclare, ce qu'il veut, c'est que le débiteur insolvable puisse échapper à la fois au supplice de la prison [16] et à l'ignominie de la cession de biens [17].

Il nous reste à parler d'un autre droit dont nous voyons les créanciers investis : c'était d'empêcher l'inhumation du cadavre

[1] Saint Ambroise : « *Sanctis diebus hebdomadis ultimæ*, solebant *debitorum laxare* vincula... erant pleni carceres negotiatoribus. » Epist. 206, el. 1. V. aussi la loi au C. Théod., lib. IX, tit. 28.

[2] Arg. de la loi 22, C., *de episcop. audientia.*

[3] L. 1, C., *De privat. carcerib.* : « *In agris suis, » aut ubicumque domi privati carceris exercere cus- » todiam.* »

[4] L. 2, C., *loc. cit.*, et l. 23, C., *de episcop. audientia.*

[5] On sait que ce fut lui qui établit le bénéfice de discussion, le bénéfice de division, etc., etc.

[6] Novelle 4, c. 3, et nov. 135. L. 11, C., *Ex quib. causis infam.* L. ult., C., *qui bonis ceder.* Cujas, exposition de la novelle 4.

[7] L. ult., C., *qui bonis ceder. poss.*

[8] Nov. 4.

[9] *Propter clementiam... hoc nos clementes decidentes* (novelle 4).

[10] « *Licet quibusdam creditoribus, non forte sit « gratum.* »

[11] « *Ex accidente, non supina negligentia* (nov. 135).

[12] Nov. 135.

[13] Exposition de la nov. 135.

[14] Varron, VII, 5. *Suprà*, loi Pætilia, mise à tort du temps de Sylla.

[15] Voy. la nov. 4, c. 1. Mon comm. du *Cautionnement*, n° 225.

[16] *Quasi dum* SUPPLICIUM CORPORIS *ei remittitur.*

[17] *Ad ignominiosam vitam transponatur.*

du débiteur jusqu'à ce que ses parents ou de bonnes cautions les eussent désintéressées [1]. Ce droit n'est pas écrit dans les lois; mais il était dans la coutume. Saint Ambroise en atteste l'existence. On se rappelle qu'en Égypte les plus antiques traditions de la religion soumettaient le cadavre de l'homme décédé à une enquête et à un jugement où les actes de sa vie étaient appréciés avec sévérité et recevaient une récompense ou un blâme mérités. Le débiteur insolvable était privé des honneurs de la sépulture, et il ne pouvait entrer dans la tombe préparée pour ses restes qu'autant que ses héritiers payaient ses dettes. Cette responsabilité qui survit à la mort avait été organisée en Égypte avec une solennité de formes qui était propre à ce pays théocratique; mais sous ces formes originales il y avait une idée dont l'Égypte n'eut pas seule la possession : c'est l'identification de la dette avec le corps du débiteur, tellement que son cadavre en est encore le gage alors que la mort a rompu tous les autres liens civils. L'empire d'Occident, au centre duquel vivait saint Ambroise, était imbu de cette idée, vers le milieu du IVe siècle. C'était une dépravation de la croyance à une autre vie. Saint Ambroise, qui comprenait ce dogme sacré en homme supérieur et en vrai chrétien, s'indigne contre de telles violences et fait rougir les créanciers de leur insensibilité.

Maintenant nous arrivons au moyen âge; la renaissance de la barbarie va ranimer tous les préjugés sanguinaires ou tous les mépris insolents dont le débiteur est accablé aux époques de ténèbres ou de déclin. Les cruelles malédictions que l'antique barbarie nous a fait entendre contre lui vont recommencer aussi effrayantes dans la barbarie nouvelle :

« *Aspro concerto, orribil armonia* [2]. »

Le droit de vie et de mort, le droit au corps et à la chair, le droit à la servitude, tout cela va reparaître par je ne sais quel accord mystérieux, dont la barbarie a seule le secret, et qui atteste une de ces grandes et inévitables erreurs qui pèsent sur l'humanité, et sont toujours là, prêtes à se réveiller quand la civilisation suspend un instant son œuvre de rachat.

Consultons, en effet, les coutumes germaniques; on ne les accusera pas d'avoir copié la loi des Douze Tables. Eh bien! au fond du Nord, dans les plus anciens usages de la Norwége, nous allons voir se refléter la loi décemvirale avec ses plus noires couleurs [3]. Voici la traduction d'un des fragments cités par Grim et empruntés textuellement par lui à la partie de la coutume de Norwége qui traite des emprunts :

« Si un débiteur se montre à l'égard de
» son créancier de mauvaise volonté, et
» qu'il ne veuille pas travailler pour lui, le
» créancier peut le traîner en justice, et
» sommer ses amis de payer sa dette. S'ils
» ne veulent pas, alors celui qui a le débi-
» teur chez lui a le pouvoir de couper sur
» son corps, haut ou bas, ce qu'il vou-
» dra. »

Ainsi donc, le débiteur insolvable devient le prisonnier de son créancier; il est soumis par lui à un travail d'esclave [4]. S'il ne satisfait pas son maître et se montre récalcitrant, il y a une traction en justice qui rappelle la *manus injectio* des Douze Tables; il y a un appel à ses amis qui reproduit l'exposition du débiteur romain pendant trois nundines.

Enfin, ces mesures restent-elles sans résultat? le maître peut tuer le débiteur ou le mutiler, et prendre sur ce corps, qui est à lui, un fragment de sa chair, ou un de ses membres. Voilà le retour de la section du débiteur d'après la loi décemvirale!!! La procédure du Nord n'a rien à

[1] Saint Ambroise, *De Tobia*, c. 8 et 10. Mon comm. du *Prêt* (*Préface*, p. XXXV, édit. Wahlen; p. 39, édit. Meline).

[2] Arioste (*Orl. furioso*).

[3] Grim, *Antiq. du droit allemand*, liv. 4, *Obligations*, 3, *Prêt*, d. M. Niebuhr, t. 4, p. 391.

[4] Voy. Marculfe, II, form. 25.

envier en fait de cruauté à la vieille procédure italique.

Ce rapprochement curieux n'est pas à l'avantage de Bynkershoeck et autres commentateurs, dont j'ai réfuté plus haut les scrupules déplacés. Mais ce n'est pas tout, et je pense avec Grim que celui qui tient à recueillir tous les fragments d'une tradition si digne de remarque ne doit pas passer à côté de la loi salique sans y attacher toute son attention.

On sait que d'après la loi salique toutes les peines aboutissaient à des compositions pécuniaires. Si le débiteur du *wregeld,* ou somme d'argent à laquelle s'élevait la composition, était insolvable et ne remplissait pas les formalités de la *chrenechruda,* et si ses parents ne payaient pas pour lui, alors l'ayant droit au *wregeld,* le créancier, le sommait de comparattre pendant le *mallum,* et si personne ne payait la composition, le créancier pouvait le mettre à mort [1].

Quoique ce droit de la loi salique ne concerne pas le débiteur pour prêt, quoiqu'il ne soit relatif qu'au débiteur de *wregeld* ou composition, il découle cependant de cette pensée générale que le corps du débiteur répond de sa dette; il en est une des faces et l'une des applications.

M. Grim a pensé que c'est par les obscurs souterrains de la barbarie germanique que s'est opérée cette renaissance du droit de vie et de mort sur l'obéré. Cette opinion me semble trop exclusive. Tout ce qui a vécu en dehors du mouvement de civilisation de l'empire romain, tout ce qui est resté plongé dans ce chaos ténébreux d'où sont sorties les hordes conquérantes, tout cela n'a pas cessé de porter dans son sein des pensées de vengeance contre le débiteur insolvable; et, par exemple, les Turcs peuvent revendiquer aussi bien que les nations germaniques la section d'un morceau de chair sur le corps du débiteur. On raconte même qu'un de leurs princes, voulant abolir ce droit odieux si éloigné des préceptes du Coran [2], décida que si le créancier coupait de cette chair vivante plus que le nombre d'onces convenu, il serait lui-même condamné au dernier supplice [3].

C'est ce fait que la tradition populaire a longtemps conservé en Italie et que Giovanni Fiorentino (de Florence) a retracé dans son *Pecorone,* recueil de nouvelles écrit en 1378 [4]. « Un certain Giannetto a besoin d'argent, de mille ducats; il va trouver l'usurier, c'est-à-dire un juif, qui les lui prête, à condition que s'ils ne lui sont pas rendus à la Saint-Jean du mois de juin prochain, il pourra lui couper une livre de chair en quelque partie de son corps que ce soit [5]. Le père de Giannetto, nommé Ansaldi, accepte cette condition à la place de son fils. Au mois de juin, la Saint-Jean étant passée, Ansaldi ne se présente pas pour payer; alors le juif exige sa livre de chair, conformément à la convention. » — « Tu as raison, dit le juge; mais » prends garde à ce que tu fais; car si tu » coupes un peu plus ou un peu moins que » la livre promise, je te fais trancher la » tête [6]. » — Alors le juif, apercevant son erreur, se retire en disant au juge : « Seigneur, vous en savez plus que moi [7]. »

Shakspeare, qui était fort versé dans la littérature italienne, a sans doute puisé dans ce récit l'incident que voici de son *Marchand de Venise :*

[1] *L. salica*, 61 : Et si nullus suorum per compositionem voluerit redimere, *de vita componat.*

[2] Volney, *Voyage en Syrie*, p. 374. M. Félix Beaujour, *Tableau du comm. de la Grèce*, t. 2, p. 176.

[3] M. Levieil, p. 183.

[4] Giornata 4, nov. 1.

[5] « A condizione che s'egli non gli avesse renduti dal detto di a S. Giovanni da giugno prossimo a venire, che *il giudeo gli potesse levare una libra di carne d' adosso, di qualunque luogo ei volesse.* »

[6] « Guarda come tu fai; però che tu ne leverai » più o meno che una libra, io ti farò levare la » testa, p. 91. »

[7] *Signor, voi ne sapete piu di me.*

Le juif Shylock dit à Antonio [1] : « Nous stipulerons qu'en cas que vous ne » me rendiez pas à tel jour et à tel lieu la » somme prêtée, vous serez condamné à » me payer une livre juste de votre belle » chair, coupée sur telle partie de votre » corps qu'il me plaira de choisir. »

— Antonio. — « J'y consens. »

— Bassanio. — « Je ne veux pas que » vous contractiez pour moi un tel enga- » gement. »

— Shylock. — « O Abraham ! voyez ce » que c'est que les chrétiens ! comme ils » sont soupçonneux sur les intentions des » autres ! Que gagnerais-je en exigeant » cette condition ? Une livre de chair d'un » homme, prise sur un homme, ne me » serait pas si profitable que la chair de » bœuf ou de mouton. C'est pour m'acqué- » rir ses bonnes grâces que je lui fais cette » offre d'amitié. »

Cependant l'engagement est contracté par billet, et Shylock, non payé, en exige l'accomplissement. On espère que le duc y mettra obstacle par quelque acte de son équité [2]. Mais Antonio dit avec crainte : « Le duc ne peut s'empêcher de suivre la » loi, ni ôter aux étrangers les sûretés » dont ils jouissent. Il faudra que je donne » une livre de ma chair. Ce bourreau en » veut à ma vie. »

Alors le duc envoie consulter Bellario, savant jurisconsulte [3], et voici la sentence conseillée par ce juge plein d'humanité :

« Le contrat te donne, ô Shylock ! une » livre de chair ; prends-la. Mais ce con- » trat ne te donne pas une goutte de sang. » Si donc, en coupant la chair, tu fais » couler une goutte du sang chrétien, tous » tes biens seront confisqués au profit de » la république. — Ainsi prépare-toi ; ne » verse pas de sang, et puis ne coupe ni » plus ni moins d'une livre précise. Si la » balance penche de la valeur d'un che- » veu, tu es mort et tes biens sont confis- » qués. »

Ces citations ne sont pas réunies ici pour faire des romans, ainsi que me le reprochait feu mon confrère M. Berriat-Saint-Prix, à une séance de l'Académie des sciences morales et politiques, où nous discutâmes tous les deux la loi des Douze Tables, lui dans le sens de Bynkershoeck, moi dans le sens qu'on vient de voir. Je m'abuse peut-être, mais je mets un grand prix à ces témoignages littéraires ; ils sont inspirés par une tradition dont la chaîne remonte aux plus anciennes sociétés, et se continue jusqu'au moyen âge par les replis invisibles de l'ignorance et de la grossièreté humaines ; tradition qui repose à la fois et sur de puissants préjugés populaires et sur de grands faits juridiques ; tradition qui, puisqu'elle est oubliée de certains savants, a d'autant plus besoin d'être fortifiée par le faisceau des preuves qui se tirent des lois, des mœurs, de l'histoire et de la littérature.

Maintenant, du droit de vie et de mort ainsi retrouvé dans notre âge barbare, passons au droit de mettre le débiteur en servitude.

Ceux que des susceptibilités de légiste ont portés à penser que dans la civilisation romaine l'aliénation de la liberté était contraire aux lois doivent déposer leurs scrupules quand ils étudient les législations barbares. Le droit de disposer de soi-même y est mille fois écrit et consacré, et il serait fastidieux de rappeler tous les documents qui, avec une monotonie fatigante et un triste sang-froid, reconnaissent à l'homme libre la faculté de descendre de sa condition pour revêtir les insignes de la servitude [4]. L'esprit de clientèle, si énergique

[1] Act. I, sc. 3.

[2] Act. III, sc. 4.

[3] Act. IV, sc. 1.

[4] Ducange, v° *Obnoxatio*. — Loi des Frisons, tit. 11, § 1 : « Si liber homo spontanea voluntate, vel » sorte, necessitate coactus, nobili, seu libero, seu » etiam lito in personam et servitium liti se subdi- » derit. » — Capitul. Theod. Cantuar., c. 12 : « Homo 13 annorum seipsum potest facere ser- » vum. » — Leges Henrici I. regis Angliæ, c. 76 :

chez les peuples du Nord, acceptait sans étonnement les actes de la volonté qui créaient des liens de supériorité et des positions dépendantes. C'était un moyen de recruter autour de l'homme fort des fidèles et des lites, qui, échelonnés dans la bande guerrière ou dans la famille, servaient d'assiette à une aristocratie vigoureuse et entreprenante. On pouvait donc non-seulement se donner un chef, mais aussi se donner un maître, et la liberté était respectée alors qu'elle s'abdiquait elle-même [1].

Cette souveraineté du Germain était beaucoup plus absolue que celle du Gallo-Romain; car celle-ci était limitée, à certains égards, par les lois de Rome qui protégeaient la liberté de la personne contre ses propres écarts. Toutefois la différence n'était que dans le plus ou le moins d'étendue du droit d'aliéner son indépendance. C'est ce que nous avons vu tout à l'heure par la discussion des lois romaines sur ce sujet. Il est certain qu'en envahissant les Gaules, les Germains y trouvèrent la pratique de l'aliénation de la liberté. « Viens » avec moi, dit un Gallo-Romain, dans » Grégoire de Tours, et vends-moi dans la » maison de ce barbare, et ce prix de moi-» même sera pour toi. » *Veni mecum et venunda me in domo barbari illius, sitque tibi lucrum pretium meum* [2].

Il était donc de droit public dans la monarchie franque que l'on pouvait se vendre, et ce droit eut une longue durée [3]. Celui qui consentait à passer ainsi sous la puissance d'autrui portait, en signe de servitude, une courroie à son cou [4]. Au huitième siècle, on crut faire un grand progrès en limitant la faculté de se vendre au seul cas d'extrême misère et de détresse [5]. La vente des enfants était aussi un de ces usages que la barbarie des temps mérovingiens vint prolonger [6]. Tandis que Justinien lui faisait la guerre en Orient, il reprit une nouvelle force en Occident, et nous le voyons durer encore sous les successeurs de Charlemagne [7].

De tout ceci découle une conséquence facile à pressentir. Si la liberté pouvait être aliénée par une vente, à plus forte raison pouvait-elle être donnée en gage à un créancier, pour sûreté du remboursement de l'argent prêté. Ce gage de la personne est fort célèbre dans le droit barbare sous le titre d'*obnoxiatio*. Il se trouve à chaque pas dans les monuments de la première et de la seconde race [8]. Il ne porte pas dans tous les États barbares le même caractère de dureté : chez les Wisigoths, il est tempéré par certaines formes protectrices, par quelques garanties, par exemple par la discussion des biens [9]. Quelquefois l'obnoxié a le droit de se racheter [10]. D'autres fois son travail chez le créancier est estimé à une valeur et

« Servi, alii natura, alii facti et acti emptione, alii » redemptione, alii sua vel alterius datione. »

[1] Voy. Ducange, v° *Servus*.

[2] III, 15, trad. de M. Guizot, p. 129. M. Aug. Thierry, lettre 8, p. 142. Cette anecdote est citée par Ducange, v° *Obnoxiatio*. On peut se demander si elle est bien concluante; car celui qui tient ce langage est un certain Léon, esclave cuisinier de l'évêque de Langres. Mais on peut répondre : Lorsque Léon se proposait ainsi, il était dans le voisinage de Trèves, où il était allé avec la permission de l'évêque pour délivrer le jeune Attale, neveu du prélat et esclave d'un Franc. Celui à qui il se présentait pour être vendu ne le connaissait pas pour esclave et le croyait libre.

[3] Anonymus, v° *Miraculis S. Baronis* : « Adolescens quidam familiæ S. confessoris, tempore » famis coactus, a quodam, sua sponte, est venditus, » ut posset habere necessaria victus. » Ducange, v° *Obnoxiatio*.

[4] Ducange, v° *Corrigia*, et J. Villani, lib. VI, c. 65.

[5] *Synod. Vermeriensis* (anno 752); edict. pisteose.

[6] Pater filium necessitate coactus, potestatem habet, tradere in servitium VII annos. Deinde, sine voluntate filii, licentiam tradendi non habet (Penitentiale Theod. Cantuar., c. 12, cité par Ducange, v° *Obnoxiatio, edict. pist.* 34).

[7] *Capit.* de Charles le Chauve, XXXVI, 21.

[8] *Capit.*, V, 205; VII, 342. *Capit.* anni 779, c. 19, et *Lex long b.*, XXX, 2.

[9] L. Wisig., V, 5, 5.

[10] L. Wisig., V, 4, 10.

amortit le capital [1]. Presque toujours son engagement est viager [2] et attribue au créancier le droit de vendre la personne comme un esclave.

Voici, au surplus, la formule d'obnoxiation telle que le moine Marculfe nous l'a conservée :

« Que Dieu nous soit propice! Votre » bonté a consenti, sur ma demande et » pour me secourir dans ma nécessité, à » me prêter gratuitement une livre de votre » argent. C'est pourquoi je promets par ce » contrat de vous rendre cet argent aux » calendes prochaines. Si je ne le fais pas, » je m'engage, moi et mes héritiers, à vous » en rendre le double, et vous nous tiendrez pour cela obnoxiés [3]. »

Puis vient la formule de l'obnoxiation, c'est-à-dire de la prise de possession du débiteur à l'époque convenue.

« Tout le monde sait les graves nécessités qui m'ont accablé et m'ont enlevé » de quoi vivre et me vêtir. C'est pourquoi » vous n'avez pas refusé, sur ma demande, » de me donner dans ma détresse tant » d'argent, valant tant; et moi, aujourd'hui, je ne puis vous le rendre. C'est » pourquoi je fais à vous l'obnoxiation de » mon ingénuité, afin que vous ayez le » pouvoir ferme et libre de faire de moi » tout ce que vous pouvez faire de vos » esclaves d'origine, me vendre, m'échanger et me corriger [4]. »

Ce n'était pas seulement pour prêt d'argent proprement dit qu'on s'obnoxiait; lorsqu'un individu, s'étant rendu coupable d'un crime, ne pouvait payer la composition, et qu'une personne charitable la payait à sa place [5], il se donnait à cette personne comme esclave pour l'indemniser [6].

C'est ce qui arrivait aussi de la part des captifs qu'on rachetait des barbares ou des ennemis. Bertichramme, évêque du Mans, avait racheté de la captivité des hommes libres; et, malgré leur ingénuité d'origine, ils se donnèrent à lui en servitude à raison du prix dont ils lui étaient redevables. Lorsqu'il mourut, ils étaient attachés à sa villa de Boalcha. Son testament leur rendit la liberté [7].

On voit par là que l'obnoxiation entraînait un engagement de toute la vie [8]. L'obnoxié était l'égal de l'esclave; il pouvait être vendu et échangé. Il résulte même de la formule de Marculfe rapportée ci-dessus que le débiteur pouvait engager à l'obnoxiation la personne de ses héritiers aussi bien que la sienne. L'obnoxiation fut une des causes nombreuses qui couvrirent le sol gaulois d'une population servile si considérable [9]. L'homme tombé en pauvreté [10] vint prendre place à côté du vaincu et du serf d'origine, et augmenter cette masse déjà immense d'hommes privés de la liberté.

Jusqu'à présent nous n'avons parlé que de l'aliénation volontaire de la liberté du débiteur insolvable; il faut donner un coup d'œil à la privation judiciaire de sa liberté.

Dans les matières pénales, le non payement de la composition entraînait la peine de mort; ainsi le voulait la loi salique [11].

---

[1] L. Bajuv., II, c. 1, §§ 4 et 5.

[2] Ducange, v° *Obnoxiatio*.

[3] II, 25.

[4] Appendice, XVI : *Propterea obnoxiationem de caput ingenuitatis meæ in te fieri et adfirmare rogavi, ut quidquid de mancipia originalia vestra facitis tam vendendi, commutandi, et disciplinam imponendi, ita et de me, ab hodierno die, liberam et firmissimam in omnibus potestatem faciendi habeas. Junge* Form. de Marculfe, II, 28, et Ducange, v° *Obnoxiatio*.

[5] V. un exemple de cette générosité de la part d'Eleuthère, évêque de Lisieux, dans Grégoire de Tours, t. 6, p. 36.

[6] Marculfe, t. 2, p. 28.

[7] Ducange, v° *Obnoxiatio*.

[8] Ducange : « *Ad vitam suam sese dabat, cum » pecuniam, in quam condemnatus fuerat pro restitutione aliqua, non haberet* (*loc. cit.*). »

[9] Mon comm. de la *Société* (*Préface*, p 13, édit. Wahlen; p. xviii, édit. Meline).

[10] Beaumanoir, p. 254.

[11] L. salica, 61, tit. *De chrenechruda* : Et si nullus suorum per compositionem voluerit redimere, de vita componat.

Mais c'était là le dernier terme du droit strict ; un adoucissement profitable au créancier, et secourable pour le débiteur, permettait à plus forte raison de le retenir en esclavage [1]. Il y avait même une pratique solennelle, une sorte d'action de la loi qui rappelle la *manus injectio* des Romains, et par laquelle le créancier de la composition pour vol faisait passer le coupable dans son domaine : il posait la main sur son cou, et de l'autre main il le prenait par les cheveux [2].

En matière civile, il n'est pas aussi certain que la peine de mort, prononcée par les plus anciennes coutumes du Nord [3] contre le débiteur condamné, ait continué à être appliquée après les invasions des Germains dans le midi de l'Europe, ou à l'époque de la rédaction des lois barbares [4]. La loi des Bavarois déclarait même que nul ne pouvait perdre la vie que pour crime capital [5]. Tout se traduisait en obnoxiation jusqu'au payement de la dette [6]. Le condamné qui devait payer et ne le pouvait était tenu de s'obnoxier ; il payait la dette par l'esclavage ; c'était le mode de satisfaction admis par le droit commun, toutes les fois que l'exécution de l'obligation de payer était empêchée par l'insolvabilité.

Le régime féodal français ne parle pas non plus de la peine capitale contre le débiteur ; mais il lui prodigue les outrages, la honte, l'asservissement et la prison. Il y a dans l'insolvabilité une tache infamante. L'opinion flétrit l'obéré [7] ; elle exige de lui une expiation, et si ce n'est plus son sang qui coule, c'est son honneur qui lui est ravi. Des fers mis à ses pieds le font reconnaître à tous pour un homme déchu de sa liberté et livré au pouvoir d'autrui [8]. Ici, on l'oblige à se racheter de prison en venant en public découvrir sa tête, descendre son haut de chausses et se tenir dans une posture et un état de nudité humiliants [9] ; là, on l'affuble d'un bonnet vert, qu'il doit toujours porter sur sa tête, à titre de *salutaire affront* [10]. Quelquefois, après l'avoir incarcéré, on ne lui donne son élargissement qu'à condition qu'il jeûnera ou se flagellera [11] ; ailleurs, on l'exile [12]. Enfin, s'il a été excommunié pour dettes, on lui refuse les honneurs de la sépulture [13].

---

[1] L. Ladislai reg. Hungariæ, II, 2 ; III, 5 : « Nobilis qui domum alterius invasit, aut illius uxorem » flagellavit, si mulctam decretam solvere non possit, » raso capite vendi jubetur. » L. Bajuvar., I, 2 ; et II, 1, § 5. Voy. Ducange, vº *Obnoxiatio*.

[2] Ducange, vº *Obnoxiatio* : « Denique si quis » rem furatus fuerat, donec compositionem exsol- » visset, in dominium illius cujus res erat, transibat, » *bracchio in collum posito et per comam capitis sui*, » ut est in eisdem formulis parensalibus. » C. 26. L. Baujuvar., II, 2.

[3] Ci-dessus, cout. des Norwégiens.

[4] Arg. du titre 52 de la loi salique combiné avec le tit. 61.

[5] Tit. II, c. 1, §§ 3 et 4.

[6] Capitul., V. 203 : « Et si non habet pretium, » in wadium se ipsum tradet, comiti pro pretio » usque dum ipsum bannum solvat. » Conférez ce texte avec la loi des Bavarois, tit. 12. 2.

[7] Bruni. *De cessione bonor.*, quæst. 1, nº 4.

[8] Assises de Jérusal., h. court. ch. 199.

[9] Carpentier, supplément à Ducange, vº *Cessio bonorum*. *Revue de législation*, t. 20, p. 428. Guy-Pape, *quæst.* 243. Bouhyn, *Des cessions et banqueroutes*, p. 65. Loyseau, *Déguerp.*, IV, 1. M. Bouthors, *Cout. d'Amiens*, p. 337.

[10] Expression de Boileau, *satir.* I. Voyez, plus bas, ce que je dis du bonnet vert.

[11] Boyer, *Style de la cour et justice des requêtes du Palais*. M. Levieil, p. 289.

[12] Ordonn. de 1373, t. 5, p. 673, et 9 novembre 1372, t. I, p. 309. Art. 25. « Si quis debeat » alieni debitum quod non possit vel nolit reddere, » tantum de suo tradetur creditori quod pagetur, si » tantum habet ; et si debitor non tantum habet unde » ille possit pagari, tandiu ponetur extra civitatem » Rothomagensem, quod faciet *gratum* et creditoris » sui. » (Voy. Ducange sur le mot *Gratum* cau- » tion.) « Et si inventus fuerit in civitate Rothoma- » gensi vel Castro Fales, antequam gratum suum » fecerit, tandiu tenebitur *in carcerem commune* » donec redimatur de 100 solidis, per se vel per » amicos suos ; et tunc jurabit se non reversurum » in dictam civitatem vel dictum castellum, donec » fecerit gratum majoris et creditoris. »

[13] « Anciennement, les créanciers faisaient excommunier le débiteur qui ne payait pas ses dettes. Il était traité en *désespéré*, privé du *viatique* et de

Tout cela rappelle cet état de dégradation qui s'est prolongé en Allemagne jusque dans le XVIIIe siècle. Le créancier faisait représenter dans un tableau grotesque le débiteur arraché du tombeau par le diable, tantôt pour que son cadavre soit déchiré par les corbeaux, tantôt pour qu'il soit livré aux flammes de l'enfer, ou pendu, ou accroché à une roue [1].

Telles étaient donc les peines par lesquelles on conjurait contre l'obéré les rigueurs de l'opinion. Voici maintenant celles par lesquelles on sévissait contre sa personne et sa liberté.

Par les assises de Jérusalem, rédigées en 1099, le débiteur, condamné à payer et insolvable, jurait par les reliques des saints *qu'il n'avait de quoi il puisse payer ne dessus terre ne dessous*. Alors la cour le livrait au créancier, et celui-ci le conduisait dans sa maison avec le droit de le tenir en prison toute sa vie [2]. Seulement, il pouvait l'employer comme un esclave aux travaux serviles, et ce dernier portait [3] un anneau de fer pour *reconnaissance que il est à pooir d'autrui por dette* [4]. Il servait dans cet état aux travaux que le maître lui prescrivait et auxquels il était apte, par exemple au labourage ; et, dans ce cas, la valeur de ses services *abattait de sa dette ce que il desservait de son labeur* [5]. Le créancier devait lui donner du pain et de l'eau (pain et aygue, *aqua*) pour soutenir sa vie suffisamment, et des vêtements pour couvrir son corps et *ne pas mourir faute de robbe* [6].

Le débiteur était donc véritablement esclave [7]; et quand on se rappelle les mauvais traitements par lesquels les serfs étaient rudoyés, les prisons souterraines dans lesquelles on les enfermait pour les fautes de service [8], on éprouve un profond sentiment de pitié pour ces malheureuses victimes du droit strict.

On a quelquefois reproché aux législations modernes de sacrifier le créancier à un intérêt exagéré pour le débiteur. Si telle était leur tendance, il faudrait assurément les blâmer de ne pas tenir la balance avec une équitable impartialité. Mais, sans approfondir cette critique, qui, à mon sens, manque de justesse, ce qu'il y a de certain, c'est que, dans les temps anciens dont nous nous occupons, une direction inverse faisait dégénérer la juste sollicitude due au créancier en une hostilité haineuse contre le débiteur, et que le droit, au lieu d'obéir à l'humanité, était dominé par la colère et la passion. La première vertu du droit, celle qui, pour me servir des expressions de Beaumanoir, *enlumine toutes les autres* [9], c'est l'équité.

Il faut reconnaître toutefois que les assises de Jérusalem étaient, en égard à l'époque qui les vit paraître [10], empreintes de notables améliorations. C'était en effet une idée humaine que celle qui prenait les services du débiteur en acquittement de la dette, et donnait à son travail le caractère de dation en payement. Le Code des croisés l'avait empruntée à la loi des Bavarois [11] et lui avait donné la préférence sur d'autres lois plus rudes qui asservissaient le débiteur à un engagement viager.

Mais il ne faudrait pas se hâter de généraliser cette disposition et de conclure

---

la sépulture ecclésiastique. On voit encore, en 1357, Pierre de Bourbon excommunié à la requête de ses créanciers par le pape. Louis, son fils, le fait absoudre après sa mort, et le pape lève l'excommunication sur la promesse du fils de payer les dettes du père. » (Delaurière sur les Établissements de saint Louis, t. 1, p. 180 des ordonn. ; il cite le texte.) *Junge* Bounyn, ch. 8, p. 66.

[1] M. Michelet. *Orig. du droit.*

[2] Assises de Jérusalem, c. 191. Ducange, v° *Servus*.

[3] Assises de Jérusal., b. court, ch. 191 et 177.

[4] *Id.*

[5] H. court, ch. 199. Voy. Ducange, v° *Servus*.

[6] *Id.*

[7] Nous avons déjà vu par la loi norwégienne le débiteur travaillant en esclave chez le créancier.

[8] M. Monteil, t. 1, p. 101, 102, 104, 105, 114.

[9] Ch. 2, n° 11.

[10] An 1099.

[11] Lex Bajuvar., II, c. 1, §§ 4 et 5.

qu'elle formait le droit commun au XIe siècle [1]. En effet, les assises de Jérusalem sont comme la fleur la plus choisie du droit féodal. La féodalité, lancée par sa brillante et valeureuse émigration au delà de l'horizon dans lequel elle végétait en France, s'était mise en contact avec des peuples plus polis; elle avait pu voir, comparer et faire un retour sur elle-même. Victorieuse par les armes, elle voulut être sage par les lois, et fonder son nouvel empire sur celles que le monde chrétien connaissait de plus équitables. Son œuvre législative est donc l'idéal du droit féodal; elle ne le montre que par les meilleurs côtés, elle laisse le reste dans l'ombre; abandonnant aux petites souverainetés qu'elle a laissées en Europe le poids de leurs grossières coutumes. Il est donc permis de croire que l'esclavage de la dette se maintint encore longtemps dans l'état où nous le montrent la première et la deuxième race, c'est-à-dire perpétuel, et constituant sur le débiteur un vrai domaine de propriété.

Mais lorsque la servitude personnelle [2] eut fait place à l'affranchissement des classes inférieures [3], la servitude de la dette fut profondément affectée par l'influence de ce grand fait. Le mouvement social qui tendait à l'émancipation des serfs d'origine repoussa de toute son énergie les servitudes émanées du fait de l'homme. C'eût été un contre-sens dans cette œuvre de régénération. Il n'y avait que trop de serfs originaires dans un empire chrétien comme la France, où la religion enseignait la liberté, où ce beau nom de France disait que toute personne y devait être franche [4].

Aussi voyons-nous que les coutumes les plus attachées à la mainmorte tinrent pour constant que nul n'était serf, sinon par la naissance [5].

Alors il arriva un fait analogue à celui dont l'histoire de la jurisprudence romaine nous a déjà offert le pendant : c'est la conversion de la servitude personnelle en emprisonnement. Ce résultat se rencontre partout; quand la servitude de la dette disparaît, le corps du débiteur paye par la prison; la liberté ne va plus s'absorber dans l'esclavage; mais elle subit la contrainte de l'emprisonnement. L'obligation du débiteur cesse de porter les noms de nexion, d'addiction, d'obnoxiation, et autres semblables qui ont une couleur d'esclavage. Elle en prend un plus doux. En France, elle porta celui de contrainte par corps. Tel est le nom qu'elle a dans les monuments judiciaires du temps de saint Louis. Les mots de *contrainte par corps* sont consacrés à cette époque [6]. Car c'est aussi à cette époque que la prison se montre comme le mode d'exécution personnelle presque partout pratiqué. Elle est dans les Établissements du saint roi [7], dans les livres des légistes [8], dans les chroniques [9].

Pour recevoir le débiteur il y avait des prisons de diverses espèces; la prison royale, la prison seigneuriale, la prison communale [10], la prison privée.

Les prisons seigneuriales ne doivent pas

[1] On la trouve en Espagne (Chopin, *De moribus Parisior.*, l. 3); et en Saxe (Chopin, *loc. cit.*). Voy. la loi des Saxons, III, art. 39.

[2] Mon comm. de la *Société* (*Préface*, p. 13, édit. Walhen; p. XVIII, édit. Meline) en montre les caractères. Hervé, *Matières féodales*, t. I, p. 159.

[3] Voyez dans la *Revue de législation*, 1846, p. 135, mes articles sur les cout. d'Amiens publiées par M. Bouthors.

[4] Loisel, I, I, 6, avec les notes de Delaurière et de MM. Dupin et Laboulaye.

[5] Coquille, *Instit. au droit français*, tit. *Des servit. personn.* Il n'en fut pas de même en Allemagne : jusqu'au XVIe siècle il était d'usage, en Saxe, de remettre le débiteur au créancier (M. Bayle-Mouillard, p. 85).

[6] Ordonn. de 1270, c. 123. Delaurière, ordonn. du Louvre, t. I, p. 211.

[7] Etablissem., I, c. 21.

[8] Beaumanoir, cout. de Beauv., c. 51, n°s 5 et 6.

[9] Anecdote de la reine Blanche, Ducange, Dulaure.

[10] Charte de Rouen (ordonn. du Louvre, t. 5, p. 675, art. 25). Cout. de Corbie, art. 3. (M. Bouthors, *Cout. d'Amiens*, p. 291.)

être confondues avec les prisons des patriciens romains. Au point de vue féodal, les seigneurs étaient légitimement investis d'une portion de la puissance publique; leurs prisons étaient la conséquence de la justice qu'ils rendaient à leurs vassaux. Charlemagne avait ordonné aux comtes d'avoir des prisons, « *ut comes unusquique in suo comitatu carcerem habeat* [1]. » Les comtes n'y avaient pas manqué lorsqu'ils étaient les lieutenants du roi; ils y manquèrent encore moins lorsqu'ils devinrent comtes par la grâce de Dieu. La prison du seigneur était le complément de son droit de glaive, de ce droit que Coquille dépeint en ces termes : « Cognoissance, » jugement et punition des crimes subjects » à perte de vie naturelle, à perte de vie » civile, comme est bannissement perpé- » tuel, ou condamnation aux œuvres pu- » bliques à toujours, le bannissement à » temps, peine de mutilation des membres, » ou affliction corporelle, ou peine exem- » plaire, ou publique; comme de fouetter, » essoriller, exposer à l'eschelle, ou pillory » ou carcan, en public, marque du corps » par fer chaud, amende honorable qualifiée » et publique [2]. »

Quant aux seigneurs dont la justice était moins pleine et qui n'avaient que la moyenne et basse justice, ils avaient aussi des prisons pour *resserrer* les délinquants; non pas pour les juger, dit le même auteur [3], si le crime excédait le pouvoir de leur juridiction; mais pour les rendre aux mains des hauts justiciers dans les vingt-quatre heures. Ces prisons pouvaient également servir à la détention des prisonniers pour dettes.

C'est ce que nous voyons dans une anecdote du temps de saint Louis. « La roine » Blanche, mère de saint Loys, qui lors » gouvernoit le royaume de France, oy » dire que les chanoines de Nostre-Dame » de Paris avoient emprisonné plusieurs » hommes et femmes de cors qui ne leur » pouvoient paier leurs tailles, et avoient, » en la prison, moult de mesaizes; parquoi » la roine qui ot grand pitié, fist rompre » les prisons des dicts chanoines et les fist » délivrer. — Et pour ce que cette roine » avoit pitié des gens qui ainsi estoient » serfs, ordonna en plusieurs lieux que les » gens fussent affranchis, moyennant au- » tres droits et seigneuries que les sei- » gneurs prendroient sur leurs hommes et » femmes de cors; et le fit en partie pour » la pitié qu'elle avoit de plusieurs belles » filles à marier qu'on laissoit à prendre » pour leur servitude, et en estoient plu- » sieurs gastées [4]. »

Les chanoines avaient droit de justice seigneuriale. Ils avaient leurs prisons, et c'était là qu'ils retenaient par la contrainte corporelle leurs serfs débiteurs de tailles.

Ces prisons seigneuriales étaient d'horribles lieux. Elles étaient étroites, humides, souterraines comme des culs de bassefosse, privées d'air et de jour [5]. Là il paraît que les geôliers faisaient subir la torture aux détenus pour dettes, ou mettaient le débiteur aux fers [6]. Les défenses qui furent faites plus tard d'user de ces moyens violents prouvent évidemment qu'il y eut un temps où ils furent employés [7].

Mais il y avait un bien plus grand mal : c'étaient les prisons privées. L'empire ro-

[1] Capit. 815.

[2] *Instit. au droit français, Des droits de justice.* Angoulême, § 6.

[3] *Loc. cit., in fine.* Tours, § 46. Blois, § 29. Senlis donnait au moyen justicier des droits plus étendus; par exemple, de se servir d'anneaux et de ceps.

[4] Dulaure dans son *Histoire de Paris*, t. 3, p. 46, 47, et l'abbé Lebœuf dans son *Histoire du diocese de Paris*, t. 9, p. 360 et 367, ont donné des détails curieux sur ce fait.

[5] Ducange, v° *Carcer*. Pierre Desfontaines, ch. 17, § 6. La cout. du Hainaut, art. 70, ordonna que les prisons fussent raisonnables suivant la qualité de la personne et de la cause. Dulaure, *loc. cit.* Boyer, *Style des req. du Palais*, tit. *Des emprisonn.*

[6] Et iceux arrêts faits de persoones, lesdits sergens les doivent mettre au chepsige en la maison du franc portier, qui, à cause de son office, doit garder les prisonniers en son péril. Corbie, art. 3 (M. Bouthors, *Cout. d'Amiens*, p. 291).

[7] Ord. d'Orléans de 1560, art. 55, défend les culs de basse-fosse (Neron, t. 1, p. 391). Cout. de

main avait lutté contre elles; elles avaient reparu dans la barbarie du moyen âge. Corollaire de la servitude, la prison privée est l'indice de la propriété de l'homme sur l'homme; elle ne s'explique que par le droit de correction ou de coaction qui accompagne la puissance dominicale. Mais quand la servitude de la dette est condamnée à ne plus exister, la prison privée, imposée au débiteur, est un contre-sens; c'est la force qui se fait justice à elle-même et qui agit, quand l'autorité publique seule devrait agir. Je comprends la prison privée au temps de l'obnoxiation et des assises de Jérusalem; je ne la comprends plus sous saint Louis et ses successeurs.

Elle existait cependant. La bourgeoisie des villes la réclamait comme un de ses privilèges: elle en stipulait l'usage dans ses chartes communales.

La noblesse y attachait moins d'importance. La raison en est simple: les seigneurs avaient la prison seigneuriale, c'est-à-dire une prison publique, pour faire enfermer leurs débiteurs. En général, d'ailleurs, les seigneurs ne prêtaient pas, ils auraient plutôt emprunté du juif ou du Lombard. Leurs débiteurs étaient leurs serfs que grevaient les tributs féodaux, et c'était dans la prison seigneuriale qu'ils les retenaient pour les faire payer [1]. L'anecdote de la reine Blanche citée tout à l'heure explique clairement ce point.

Il en était autrement du bourgeois: il faisait le commerce, il s'occupait d'affaires lucratives, avait des débiteurs forains; il lui fallait une justice expéditive et économique. L'arrestation et la prison privée lui paraissaient donc l'état le plus simple et le moins dispendieux. C'est en vain que l'autorité royale travaillait autant qu'il était en elle à faire prévaloir le principe que nul ne doit se faire justice à lui-même. Les bourgeois préféraient l'exécution par leur propre main à l'exécution par la main du sergent: ils préféraient la mise en charte privée, qui ne coûtait rien, à l'incarcération dans la prison publique, pour laquelle il fallait avancer des droits de geôlage et d'entrée [2]. Et de même qu'ils avaient le droit de prison privée pour retenir les bêtes prises en délit [3], de même ils le voulaient pour la contrainte de leurs débiteurs saisis et arrêtés. C'est ainsi qu'à Compiègne il y avait une charte qui autorisait les bourgeois à arrêter eux-mêmes leurs débiteurs et à les retenir dans leurs maisons (*in domibus suis*). En 1262, le bailli de Vermandois entreprit de les troubler dans leur paisible possession, prétendant que les débiteurs devaient être incarcérés dans la prison publique. Un procès s'engagea. Les bourgeois produisirent leur charte, et, par arrêt rendu le jour de l'octave de la Toussaint 1262, le parlement déclara les bourgeois en droit et possession de retenir leurs débiteurs chez eux en charte privée, à condition que le débiteur ne serait pas maltraité et qu'il recevrait une nourriture convenable [4].

Melun, ch. 1, art. 5: « Le haut justicier doit avoir » en sa justice prisons bonnes et seures et raisonnables, *bâties a rès de chaussée*, sans user de fers, » ceps, grillons, gênes ou autres instruments semblables. » Cout. du grand Perche, tit. 1, art. 12: « Doit le dit haut justicier avoir prisons seures et » raisonnables, à rès de terre, sans user de ceps. » Cout. du Poitou, tit. 1, art. 14. Voy. ordonn. de 1670, tit. 13, art. 1 et 19.

[1] M. Monteil, t. 1, p. 101, 102.

[2] Ducange, vº *Carceragium*. Hainaut, 70. Marche, 408. Auvergne, c. 24. § 69. n'exigeait rien.

[3] Nivernais, tit. 15, art. 4. Coquille sur cet article.

[4] *Olim*, t. 1, p. 539, nº 8: « Conquerebantur » burgenses Compendienses quod ballivus Viromandensis impediebat eos quominus ipsi arrestent et » capiant apud Compendium, pro debitis suis, et » captos et arrestatos teneant in domibus suis captos; dicentes quod per cartam suam, possunt capere et arrestare, necnon etiam quod usi sunt eos » quos arrestaverunt, quilibet in sua prisione tenere.

» Ballivus dicebat a contrario quod per cartam » suam, non poterant hoc fecere, et quod hoc » solum *ad justitiam seu majorem villæ pertinebat.* »

« Demum audita carta ipsorum burgensium, et

Je cite particulièrement cet arrêt parce qu'il montre la lutte de l'autorité régulière contre un privilége anarchique. Ce privilége avait été jadis le droit commun. Au XIII[e] siècle, les officiers du roi travaillaient à le soumettre à l'autorité supérieure de la couronne; le bailli de Vermandois succomba cependant, tant était grand le respect pour une charte et une longue possession. Mais plus tard le droit de la puissance publique resta vainqueur de la puissance privée. Les prisons particulières furent proscrites comme un attentat sur les droits du roi ou des seigneurs [1].

Ce fut surtout dans les villes dites d'arrêt que le droit de se faire justice à soi-même était exagéré dans son énergie [2]. Le débiteur forain qui se trouvait de passage dans la ville habitée par son créancier était saisi sans forme de procès et retenu en charte privée ou dans la prison de la commune [3]. Notons le bien! ce droit d'arrêt, dont nous nous occupons ici, n'atteignait pas seulement les étrangers [4]; il s'exerçait encore de seigneurie à seigneurie, de ville à ville [5], et élevait des barrières jalouses à chaque banlieue. On saisissait non-seulement le débiteur lui-même, mais encore les hommes et les sujets du débiteur, quand il en avait [6].

Cette coutume était inhospitalière; elle découlait des haines aveugles qui, au moyen âge, divisaient les localités, et voyaient dans les forains autant d'ennemis, placés hors de la loi commune. Elle était préjudiciable aux intérêts du commerce; elle empêchait la confiance et l'union entre enfants du même pays. Néanmoins, les bourgeois en étaient fort jaloux, parce qu'il était beaucoup plus commode pour eux de tenir dans le lieu de leur domicile le débiteur arrêté que d'aller le chercher dans les lieux éloignés où les attendaient peut être des inimitiés, des vengeances, et des tribunaux hostiles ou rapaces. Lors donc que les communes stipulèrent leurs chartes, plusieurs furent assez puissantes pour obtenir du souverain la consécration de cette coutume.

On trouve le droit d'arrêt avec des modifications fort diverses dans la ville de Reims [7], dans la ville d'Amiens [8], à Corbie [9], dans le Poitou [10], à Tour-

« audito ac intellecto super hoc *diuturno usu eorum*, » determinatum fuit quod quilibet ipsorum burgensium poterat apud Compendium arrestare, et *arrestatum detinere captum apud se*; ita tamen quod » non ponant captus taliter in domibus suis in cippo, » catenis, seu compedibus, et eisdem in necessariis » provideant competenter. »

[1] Ancienne cout. de Hainaut, c. 74. Ord. de 1670, tit. 16, art. 16.

[2] Voy. là-dessus Brodeau sur Paris, art. 173, n[os] 6 et 7. Ferrières sur Paris. Buridan sur Reims, art. 407, n° 3.

[3] Cout. de Corbie. III. M. Bouthors. p. 291.

[4] *Infrà*, n° 485. Delaurière sur Loisel, 1, 1, 49. Voyez aussi ce que j'ai dit. *Revue de législ*, 1846, t. 1. p. 161.

[5] Buridan et Ferrières, *loc. cit.* Pothier sur *Orléans*, art. 442.

[6] Calmet, *Notice de Lorraine*, v° *Épinal*, p. 388 : « On peut remarquer l'ancienne manière de faire justice par voie de fait en faisant saisir et arrêter les sujets d'un seigneur, leurs effets et marchandises, pour se faire payer du seigneur ou du maître à qui ces personnes appartiennent. Mais cela n'avait lieu que quand les personnes étaient serfs ou geos de mainmorte envers leurs seigneurs.

« En 1287, l'évêque de Metz declare que les bourgeois d'Épinal ne sont mie tant ses sujets que l'un puisse les arrêter, ni leur corps, ni leurs biens, si secourt qu'ils aient ou puissent avoir contre ledit évêque.

» En 1380, il est reconnu et atteste, par certificat de quatre seigneurs, que les bourgeois d'Épinal ne sont ni gageables ni punissables par l'évêque de Metz, *à moins que lesdits bourgeois aient voulu s'y soumettre et s'y obliger.* »

Autre en 1392.

La charte de Péronne, rétablie le 28 janvier 1368 par Charles V, porte, art. 18 :

» Concedimus autem et volumus ut nullus ex communia Peronae, vel res eorum *pro debito alterius arrestentur* de qui non fuerit debitor vel plegius. » (Ordonn. du Louvre, t. 5. p. 161.)

[7] Art. 407, 408.

[8] Voy. la cout publiée par M. Bouthors, art. 5, p. 64 et 165.

[9] Art. 3 (M. Bouthors, p. 291).

[10] Lettre de Philippe-Auguste de 1222 qui érige Poitiers en commune.

nay [1], et dans une foule d'autres localités, Pont-Urson [2], Athyes [3], Auxerre [4], Figeac [5], Condom [6], Caudebec [7], Saumur [8], Aygueperse [9], etc., etc. Presque toujours on a le droit de guetter le débiteur à son débotté, et puis on le traîne soit en prison, soit en charte privée, jusqu'à ce qu'il paye. Quelquefois, cependant, à Athyes ou à Corbie, par exemple, le bourgeois ne peut agir qu'avec l'intervention du maire et des jurés ou d'un sergent, ou, comme à Amiens, que sur l'ordre du prévôt. Dans les villes les plus favorables aux forains, l'arrêt n'allait pas jusqu'à l'emprisonnement. Il avait pour but d'empêcher le voyageur de s'éloigner, afin de l'obliger à se battre en duel, ou à plaider dans le domicile du créancier, et non dans le sien. C'était un moyen d'éluder la règle de procédure : « *Actor sequitur forum rei.* » Alors le débiteur ne pouvait plus sortir de l'enceinte qu'à peine d'emprisonnement [10].

Du reste, en temps de foire et de marché, le droit d'arrêt était ordinairement suspendu [11]. C'était une trêve imposée par la nécessité et sans laquelle le droit d'arrêt aurait pu porter préjudice aux villes qui en étaient si jalouses. Il y avait aussi suspension dans le cas où le débiteur passait par la ville privilégiée par mandement du roi [12]; car c'était une règle proclamée par le droit commun coutumier, que *par toutes manières que le roy mande un homme, il est en son sauf conduit.*

Lorsque l'autorité souveraine intervint dans la réformation des coutumes, elle fit peu à peu disparaître les abus de l'exécution privée. Ainsi, par exemple, tandis qu'en 1296 Philippe le Bel avait reconnu aux habitants de Tournay le droit d'entraîner le débiteur forain dans leurs maisons, Charles V, en confirmant en 1370 le droit d'arrêt de cette ville, élimina cet usage désormais incompatible avec un ordre de choses régulier [13]. Presque partout les arrêts et arrestations de forains se firent, bien qu'avec des formes rapides, par le concours des officiers de justice et des magistrats, sans *animosités* [14]. C'est à cette condition que Louis XIV maintint le droit d'arrêt [15]. Mais, tel qu'il était alors, le privilége d'arrêt était encore contraire à toutes les idées raisonnables. Était-il sensé de traiter des concitoyens comme nous traitons aujourd'hui les étrangers non domiciliés en France [16]? De telles rigueurs entre nationaux n'étaient-elles pas un débris de ces haines locales, si peu compatibles avec le mouvement de centralisation que Louis XIV imprimait à la monarchie?

Maintenant que nous avons vu la cessation de l'esclavage pour dettes, la conversion de la servitude du débiteur en contrainte par corps, et l'abolition des prisons privées, nous avons à nous occuper des vicissitudes que la législation a fait subir à

---

[1] Ordonn. du 6 février 1370, Charles V. Art. 32 : « Que les bourgeois ou fils ou filles de bourgeois de Tournay, se ils ne trouvoient la justice en présent, PUISSENT ARRÊTER *ou faire arrêter* leurs débiteurs forans et leurs biens que ils treuveront en la ville, et iceulx *amener* ou faire amener à justice sans délai, en la manière accoutumée. » Cette ordonnance confirme une charte de Philippe le Bel, 1340. Mais on n'a pas cette charte primitive.

[2] Ordonn. du Louvre, t. 4, p. 642. Lettre de Charles V de juin 1366.

[3] Lettre de Philippe-Auguste de 1223.

[4] Charles V, 1379.

[5] Charles VI, 1394.

[6] Charles VI, 1397.

[7] Louis XI, 1465.

[8] Louis XI, 1466.

[9] Louis XI, 1462.

[10] Guénois, t. 3, p. 511, alliance des coutumes.

[11] Masuer, XXX, 21. Auvergne, XXIV, 42. Bourbonnais, art. 133. Marche, art. 400. Loisel, VI, 5, 8. Delaurière, dans son *Gloss. du droit français*, v° *Foire*. La Thaumassière sur Berry, part. 1, ch. 30, p. 37. Loi des Allemands, 28, 1.

[12] Loisel, *loc. cit.*, et Delaurière sur Loisel. Grand coutumier, 1, 3. Coquille, *Instit. au dr. fr.*, titre *Des exécutions.*

[13] Ordonn. du Louvre, t. 5, p. 370.

[14] Coquille, *loc. cit.*

[15] Ordonn. de 1667, tit. 34, art. 5.

[16] *Infrà*, n° 484.

la contrainte par corps pour la conduire jusqu'à nous.

On se rappelle que chez les Romains le créancier puisait son droit sur le corps du débiteur à deux origines différentes : 1° dans la convention par laquelle le créancier obligeait son corps comme un gage; 2° dans la chose jugée qui était toujours exécutoire, soit sur la personne, soit sur les biens du débiteur. De telle sorte que l'on pouvait dire du débiteur condamné : « *Aut luat in ære aut in cute.* » Puis, en passant à l'histoire des législations barbares, nous avons vu les mêmes résultats se développer : d'une part, la convention affectant jusqu'à la servitude la personne du débiteur, et, de l'autre, la chose jugée réalisant sa puissance sur lui par la contrainte de sa personne.

C'est là qu'en était le droit féodal lorsque saint Louis conçut l'idée de mettre des barrières à la contrainte par corps en matière civile. Les juges en faisaient abus; ils s'en servaient arbitrairement pour vexer les sujets du roi :

« Item, nos baillifs ou autres membres » officiaux grèvent nos subjects contre jus» tice. Nous leur deffendons que pour nulle » debte, fors pour la nostre, ils ne pre» gnent nul, ne tiegnent pris [1]. »

Et dans ses Établissements :

« Notre sire le roy est en sésine et possession généralement de prendre et retenir pour le payement de sa debte cogneüe et provée, le cors et avoir et héritaiges, selon l'usage de la cort laie. Ne l'on ne met pas l'homme en prison pour debte, si ce n'est pour la seüe, suivant ce qui est dit aux décret., *De solut.*, au ch. *Odoardus clericus*, cum suis concordantiis, et au Code, liv. 3, *Si adversus fiscum.* Mais il (le débiteur) doit faire la loi du pays, que il payera le plus tôt que il pourra, ou jurer sur saints que il n'aura de quoi ne tout ne en partie; et aussitôt qu'il pourra venir en plus grande fortune, qu'il payera, et doit jurer que il vendra son héritaige devant quarante jours se il l'a; et s'il ne le faisoit, le débiteur le vendroit et le feroit entériner en vente, selon l'usage de la cort laie [2]. »

Joinville, en rapportant les sages règlements de saint Louis par lesquels le roi *se contint si doucement envers Nostre-Seigneur et si droiturièrement envers ses sujets* [3], n'oublie pas cette ordonnance qu'il résume en ces termes [4] :

« Nous commandons que baillif ne pre» vost qui soit en nostre office ne greve » les bonnes gens de leur justice outre » droiture, ne que nulz de ceulz qui soient » mis en prison pour debte qu'ils doivent, » si ce n'est pour la nostre seulement. »

Saint Louis voulait donc qu'excepté pour les dettes fiscales, les débiteurs payassent par leurs biens, et non pas par leur corps. C'était une pensée humaine et généreuse. Et l'on peut dire ici, avec M. de Chateaubriand, « que saint Louis avait devancé » son siècle [5]. » Mais les temps n'étaient pas mûrs pour la faire accepter. D'ailleurs, saint Louis n'était pas législateur hors de ses domaines. Sa tentative resta sans portée.

Est-il bien vrai, du reste, comme on l'a souvent avancé, que, par cette ordonnance, saint Louis ait entendu supprimer dans ses domaines la contrainte par corps conventionnelle aussi bien que la contrainte par corps judiciaire? Je ne le pense pas. Et ce qui dévoile sa pensée, c'est ce passage de Beaumanoir, dont le livre, écrit une dizaine d'années après les Établissements [6] en reproduit l'esprit avec tant de fidélité :

« Il y a différence entre la debte d'au» trui et la debte de seigneur; car le roi, » *ou celui qui tient en baronnie*, peut, » por sa debte et por ses amendes, *retenir*

[1] Ordonn. de 1254. Ordonn. du Louvre, t. 1, p. 72, citée par Delaurière sur Loisel, VI, 5, 19.

[2] Établiss., I, 21.

[3] N° 379, p. 317 de l'éd. de M. Poujoulat.

[4] P. 319, col. 1.

[5] *Essai sur l'histoire de France*, t. 3, p. 324.

[6] Vers 1280.

» *le cors de son songet en prison.* Mais » ce ne pot-il pas faire por la debte d'au- » trui, *se li debtes ne s'il est obligiés par* » *lettres, ou par devant justice, ou de-* » *vant bonnes gens* [1]. »

Ainsi donc, deux circonstances importantes résultent de cette ductrine de Beaumanoir et fixent le sens de la jurisprudence de saint Louis. Le roi, et à côté du roi les seigneurs qui tiennent en baronnie, peuvent faire arrêter et détenir leurs débiteurs pour leurs dettes et leurs amendes; mais les particuliers ne peuvent exercer la contrainte par corps qu'autant que le débiteur s'y est soumis.

C'est cette même pensée que Philippe le Bel reproduisit en 1303 dans son ordonnance rendue à Béziers, qui porte, article 12 : « On ne mettra pas garnison chez » les débiteurs et on ne les arrêtera pas » pour dettes particulières; mais on met- » tra leurs biens en vente pour payer leurs » créanciers, à moins qu'il n'y ait quelque » convention contraire de la part des débi- » teurs. »

Et, dans ce dernier cas, l'article 27 défendait d'incarcérer celui qui pouvait donner caution.

Il résulte de là que la contrainte par corps judiciaire était absolument proscrite. Le roi ne permettait l'exécution personnelle que dans un seul cas : c'est lorsque le débiteur s'y était soumis [2]. Le corps ne pouvait être saisi que par un consentement spontané, jamais, excepté pour les dettes fiscales, par une volonté emportant coaction. Ce système nous paraît une aberration, aujourd'hui que nous considérons d'un œil si défavorable les pactes contraires à la liberté. Mais tous les siècles ne s'accordent pas dans les mêmes opinions. Le commerce de la liberté était dans les mœurs du monde ancien et surtout dans les mœurs du moyen âge. Philippe le Bel obéissait à une erreur commune, que le progrès du droit et le sentiment de la dignité de l'homme n'avaient pas encore corrigée [3].

Ce nouvel essai n'eut pas plus de succès que celui de saint Louis, et voici pourquoi : la soumission à la contrainte par corps devint de style dans tous les contrats, et la disposition du législateur resta étouffée par la disposition de l'homme [4]. L'art des légistes s'évertua à découvrir les clauses les plus contraires à la liberté et les plus favorables à une saisie rapide et dénuée de garantie [5]. Telle était celle qui autorisait à exécuter le débiteur sans qu'il fût reçu à rien dire [6].

D'un autre côté, il était à peu près impossible à cette époque qu'une ordonnance qui choquait des préjugés accrédités obtînt une exécution uniforme. A l'instant le privilége se dressait, et, sous le nom de charte communale, de franchises de corporations, de longue et paisible possession, il forçait la règle à fléchir; les exceptions étaient si nombreuses qu'on pouvait presque les prendre pour la règle elle-même.

Énumérons quelques-uns de ces priviléges qui, malgré l'ordre de Philippe le Bel. accordaient la contrainte par corps de plein droit au créancier.

Les acheteurs de bétail, vins, blés et autres victuailles, étaient contraignables par prison, promptement et sans commission par écrit, sous le simple congé du juge et sur l'assertion assermentée du créancier [7]. « Cette rigueur avait été intro-

[1] Ch. 51, nos 6 et 7.

[2] Brodeau sur Paris, préface du titre 8. J. Galli, quæst. 144.

[3] Voy. les actes de notoriété de 1380 et 1392, cités ci-dessus d'après D. Calmet.

[4] Boucheuil sur Poitou, art. 424, no 6. D'Argentré sur l'ancienne cout. de Bretagne, art. 117, dit qu'il suffisait de s'obliger avec la clause *comme pour les deniers du roi.* Bourbonnais, art. 104. Auvergne, c. 24, art. 30.

[5] Alliance des coutumes, §§ 104, 105. Papon liv. 10, t. 1, art. 2.

[6] *Id*, et Bourbonnais, art. 105. Il y avait quelques nuances entre ces coutumes, mais elles s'accordaient pour le principe.

[7] Berry, *Des exécutions*, art, 22. Bourbonnais, art. 132. Orléans, art. 428. Nivernais, t. 32, art. 22. Reims, 398. Paris, art. 177.

» duite, dit Coquille [1], *en faveur des* » *alimens des hommes;* car si les ven» deurs ne sont bien payés, ils n'ameneront » plus de denrées au marché. Les Romains » ont puny avec grande rigueur ceux que » commettent fraude ou faute au faict des » vivres d'une république, même des bleds, » qui se dit en latin : *annona,* D., *de ex-* » *traord. crimin.* »

Le même privilége fut étendu plus tard par Philippe VI aux pêcheurs contre les marchands de marée [2]; car la marée était la manne des jours maigres. Par fidélité aux lois de l'Église, il fallait encourager les pêcheurs à en approvisionner les pourvoyeurs des marchés.

Les coutumes soumettaient, en outre, à la contrainte par corps les proxénètes, courratiers (courtiers), et autres commis à la vente des marchandises [3]. Comme ils ne pouvaient vendre qu'au comptant, ils étaient censés en état de dol quand ils ne rendaient pas la chose ou le prix, et la prison était une coercition extraordinaire [4], qui venait les atteindre *après la chose connue sommairement, ou confessée* [5].

Dans certains lieux, l'hôtelier, toujours privilégié sur les effets du voyageur [6], était privilégié sur sa personne; il pouvait arrêter dans son hôtellerie ceux qui avaient bu et mangé chez lui [7].

L'acheteur de biens vendus à l'encan était également contraignable par prison [8]; c'était un usage général [9].

Au-dessus de ces cas exceptionnels, qui tous sont autant d'exemples de contrainte par corps sans stipulation, il y avait le grand privilége du fisc, auquel ni saint Louis ni Philippe le Bel n'avaient entendu porter atteinte, qu'ils avaient, au contraire, réservé. Ce privilége était tel que la contrainte par corps pouvait toujours s'exercer contre les débiteurs du fisc, même dans les cas où un bénéfice spécial exemptait de la contrainte par corps; par exemple, en temps de foire.

Un autre privilége est également digne de remarque : c'est celui du commerce [10]. Nous avons vu tout à l'heure les coutumes protéger certaines industries locales destinées à pourvoir aux besoins de tous les jours; mais, plus haut que ce petit trafic de victuailles et de denrées, s'élevait un négoce étendu et comprenant tous les genres de spéculation dont s'alimentait le commerce. A cette époque, c'était aux foires que les marchands se donnaient rendez-vous pour traiter leurs affaires. Les foires de Champagne, de Brie et du Landit étaient célèbres [11]; on y accourait de toutes parts; les marchandises y affluaient, et pendant le temps de leur durée il se faisait d'importantes et nombreuses opérations. Or, un des priviléges de ces foires était d'attacher la contrainte par corps de plein droit à toutes les conventions passées sous leur sceau. Philippe le Bel lui-même, l'auteur de l'ordonnance de 1303, avait consacré ce privilége, et le commerce vivait tellement en dehors de l'idée qui dominait dans cette ordonnance, que lorsque le pouvoir royal voulut encourager les marchands étrangers à porter en France leurs capitaux et leur industrie, il leur accorda le droit d'exercer contre leurs débiteurs la contrainte corporelle [12]. Tant le commerce considérait comme une protection et un moyen de crédit cette coaction rigoureuse qui tient sans cesse en éveil la bonne foi, l'honneur et la diligence du négociant!

[1] Sur Nivernais, *loc. cit.*
[2] Ordonn. de novembre 1343.
[3] Nivernais, tit. 32, art. 21. Berry, *Des exécutions*, art. 31. Bourbonnais, art. 131. Orléans, article 429.
[4] Coquille sur Nivernais, t. 32, art. 21.
[5] Nivernais, *loc. cit.*
[6] Mon comm. des *Hypothèq.*, t. 1, n° 204.
[7] Rue-d'Indre, art. 23 : « Tout tavernier peut, de lui-même, arrêter tous ceux qui ont fait dépense en son hôtel. »
[8] Orléans, art. 439. Nivernais, t. 32, art. 31.
[9] Coquille dit que c'était l'*usance ordinaire de ce royaume*; et, en effet, les coutumes sont nombreuses.
[10] *Infrà*, n° 355.
[11] Delaurière, *Gloss. du droit françois*, v° *Foires*.
[12] Ordonn. de Charles V de 1360, au profit des marchands castillans et italiens.

Au commencement du quinzième siècle, les privilèges des foires de Champagne et de Brie furent étendus aux foires de Lyon [1].

Bientôt, comme le commerce grandissait en prospérité et en richesse, il n'attendit plus le retour périodique des foires pour donner carrière à son essor; des opérations quotidiennes entretenaient son activité, et chaque ville était, sous beaucoup de rapports, une foire en permanence où les besoins courants trouvaient à se satisfaire. C'est pourquoi une ordonnance de 1560 établit d'une manière générale la contrainte par corps pour les *cédules reconnues entre marchands et pour cause de marchandise*. Cette ordonnance ne faisait que généraliser le privilége des foires; elle développait un principe rassurant pour le commerce, et qui ne pouvait désormais rester la sauvegarde exclusive de quelques lieux favorisés à certaines époques. L'ordonnance de 1667 la confirma, parce que les dispositions en étaient sages, et que le commerce y attachait la plus haute importance.

Maintenant, si l'on veut bien récapituler toutes les exceptions que nous venons de placer à côté de l'ordonnance de 1303; si l'on n'oublie pas surtout que la permission donnée par cette ordonnance de stipuler la contrainte par corps était devenue tellement usuelle qu'elle avait dégénéré en une affaire de protocole, on restera convaincu que l'œuvre de Philippe le Bel n'eut aucune influence réelle et laissa les idées aller à leur ancien cours.

Pour trouver un résultat vraiment digne de considération, c'est à l'ordonnance de Moulins qu'il faut arriver [2] (an 1566). Mais on en apprécierait mal l'esprit si l'on ne se reportait par la pensée aux désordres qui affligèrent la société au milieu du rude travail du seizième siècle. La faiblesse de la royauté, l'anarchie dans les croyances religieuses, la violence dans les rapports sociaux, avaient relâché les liens de l'autorité et de la justice, et de toutes parts des doléances étaient portées auprès du trône pour aviser à la réforme du royaume. Un mal entre beaucoup d'autres se faisait sentir : c'était le développement de l'esprit de chicane qui, par un facile abus de la science, s'évertuait dans toutes les juridictions à embrouiller le vrai, à paralyser le droit, à éterniser les procédures, et à éluder les arrêts des tribunaux. Tandis que les conventions pouvaient se fortifier par la contrainte par corps stipulée, les jugements moins favorisés n'entraînaient jamais l'exécution corporelle par leur propre puissance. Le juge ne pouvait prononcer la contrainte par corps que si les parties s'y étaient soumises par convention, ou si du moins elles se trouvaient dans l'un des cas d'exception que nous avons parcourus tout à l'heure. Il arrivait de là que les jugements n'étaient pas environnés du respect qui leur est dû; si la cause n'était pas de celles qui autorisaient la contrainte par corps, l'exécution du jugement éprouvait de fâcheuses entraves : les criées étaient longues et de grand coût; les procédures étaient hérissées de formalités, et les débiteurs, aidés par les ressources de la chicane (cette science si fort en crédit), pratiquaient une foule de *difficultés* et de *subterfuges* [3]. En un mot, la justice n'était pas obéie. L'ordonnance de Moulins dirigea son attention sur ce mal, et, pour relever l'autorité méconnue des arrêts et des jugements, et porter un coup à la perfidie des débiteurs [4], elle attacha la contrainte par corps à tout jugement de condamnation. De telle sorte que si le jugement n'était pas exécuté dans les quatre

[1] Lettres patentes de Charles VII du 4 février 1419.

[2] Février 1566 (Charles IX). Néron, t. I, p. 444.

[3] Coquille, *Inst. au dr. fr.*, tit. *Des exécutions*. C'est pourquoi l'ordonn. dit (art. 48). « *Pour faire cesser les subterfuges, délais et tergiversations des condamnés*, etc., etc. »

[4] *Id exposcente debitorum perfidia*. D'Argentré sur Bretagne, art. 117.

mois, le condamné serait pris au corps et incarcéré. D'après la jurisprudence jusqu'alors suivie au Châtelet de Paris, le retard de quatre mois n'entraînait que l'obligation de payer les intérêts. Au lieu des intérêts, abhorrés par la ferveur religieuse, l'ordonnance prononça la contrainte par corps [1].

Voici sa disposition [2] :

« Si les condamnés ne satisfont pas au » jugement dans les quatre mois après la » condamnation à eux signifiée à personne » ou domicile, pourront être pris au corps » et retenus prisonniers jusqu'à la cession » ou abandonnement de leurs biens. — Et » si appréhendés ne peuvent être, ou si » mieux la partie le veut ou requiert, sera » par nos juges procédé pour la contumace » du condamné au doublement et tiercement des sommes adjugées. »

Du reste, ce système de contrainte par corps nécessairement attribué à tout jugement de condamnation n'était pas nouveau. C'était la mise en vigueur du droit romain, tel à peu près que nos jurisconsultes l'avaient appris dans les livres de Justinien. Saint Louis et Philippe le Bel l'avaient aboli, du moins en théorie, à cause de la maliee des juges. L'ordonnance de Moulins le rétablissait à cause de la malice des plaideurs [3]. D'ailleurs, le droit romain avait alors un grand crédit; il se présentait aux yeux des légistes comme la raison écrite (noble titre qu'il mérite si souvent), et les conseillers de Charles IX se crurent forts contre un abus contemporain en ayant pour eux un si grave précédent.

Il n'en est pas moins vrai que l'ordonnance de Moulins étendait la contrainte par corps au lieu de la restreindre, et qu'à l'emprisonnement conventionnel, autorisé par la plus ancienne pratique du royaume et par le texte de presque toutes les coutumes [4], elle ajoutait l'emprisonnement judiciaire. Sans doute, l'état de la société exigeait que ce surcroît de force fût donné au premier et au plus respectable de tous les pouvoirs, au pouvoir des arrêts de la justice. Mais, puisqu'on faisait tant que de se modeler sur le droit romain, pourquoi ne pas profiter des principes libéraux répandus dans le Digeste et le Code, et qui rejettent l'engagement de la liberté naturelle? Pourquoi reconnaître la validité de ces obligations par corps, vestiges des temps barbares condamnés par la raison?

Ce qu'il y a de certain, c'est qu'un siècle plus tard l'ordonnance de Moulins avait fait son temps; elle fut en effet condamnée dans les conseils de Louis XIV.

La célèbre ordonnance de 1667 prit le contre-pied de l'ordonnance de Moulins. Celle-ci avait érigé la contrainte par corps en règle générale; celle-là la réduisit au rang d'une exception. La contrainte par corps judiciaire de plein droit, telle que l'ordonnance de Moulins l'avait établie par une imitation du droit romain, fut abolie. L'ordonnance de 1667 retrancha aussi l'abus des contraintes par corps conventionnelles, qui depuis le droit romain jusqu'au XVII[e] siècle n'avaient eu que trop de crédit. Elle tire une grande ligne de démarcation entre les affaires civiles et les affaires commerciales. Dans les affaires civiles, elle n'admet la contrainte par corps que dans certaines circonstances rares, exceptionnelles, et presque toutes marquées par le dol du débiteur. Ainsi, le stellionataire, le dépositaire nécessaire ou judiciaire coupable d'infidélité, celui qui a mérité une condamnation pour usurpation et voie de fait entraînant réintégrande, ou restitution de fruits, pour délit, quasi-délit, ou faute donnant lieu à des dommages et intérêts, tous ceux-là sont contraignables par corps. La faveur de la minorité est une autre cause de contrainte par corps contre les tuteurs et curateurs pour reliquat de leur compte liquidé judiciairement. Par respect

---

[1] Bouguyon sur l'art. 48 (Néron, *loc. cit.*).
[2] Art. 48.
[3] Pothier, *Procédure civile*, V[e] partie, chap. 1.
[4] Brodeau sur Paris, t. 8, préface, n° 2.

pour les arrêts de la justice, il y a aussi lieu à la contrainte par corps pour les dépens, mais pour les dépens seulement. Enfin le fisc conserve son antique privilège. L'intérêt public est maintenu dans la préférence qui lui est acquise sur l'intérêt privé. Mais, dans tous les autres cas, la liberté du débiteur l'emporte sur le droit du créancier.

On le voit : il y a dans l'ordonnance de 1667 un véritable affranchissement et un large progrès. Je ne crois pas qu'à cette époque et dans aucun pays, la contrainte par corps ait été ramenée à des termes plus restreints et à un régime moins sévère.

Du reste, le débiteur, même alors que la contrainte par corps le menace ou le saisit, n'est pas définitivement livré. Il a le bénéfice de cession, c'est-à-dire qu'en faisant un abandon de ses biens à ses créanciers, il peut ou éviter la prison ou en sortir. Ce bénéfice, emprunté au droit romain, et qu'une coïncidence spontanée fait retrouver dans la loi salique sous la forme naïve de la *chrenechruda* [1], avait toujours été reçu en France [2]. Dans la pureté du droit féodal, il avait été réservé au gentilhomme [3], et le vilain, obligé de payer par la servitude la dette qu'il ne pouvait acquitter sur ses biens, n'y trouvait pas une sauvegarde. Mais, de même qu'à Rome la cession de biens, d'abord établie par César au profit exclusif des citoyens romains, avait été étendue plus tard à tous les sujets de l'empire ; de même, en France, le bénéfice de cession finit par servir de sauvegarde à tous les débiteurs sans distinction de condition. Telle était la jurisprudence à partir du XIIIe siècle, alors que la servitude de la dette avait disparu. Mais la cession de biens avait été environnée de formalités humiliantes, afin de punir par les flétrissures de l'opinion publique les hommes qui, ayant été mauvais ménagers, avaient fait tort à leurs créanciers par l'inhabile gouvernement de leurs affaires domestiques [4]. Le débiteur qui faisait cession de biens se posait sur une pierre à ce destinée. Là, il était dépouillé de ses vêtements et mis à nu comme s'il devait être fouetté ; et, au milieu des risées du peuple, il frappait trois fois la pierre avec la partie de son corps ainsi dévêtue [5], en criant qu'il abandonnait ses biens à ses créanciers. Tel était l'usage encore au XVIe siècle dans le Dauphiné, le Lyonnais, le pays d'Avignon, le pays bordelais, la Normandie [6]. L'Italie le pratiquait aussi, comme on peut le voir par les statuts de Mantoue et d'Avella en Campanie [7]. Dans d'autres provinces, les formalités de la cession de biens étaient plus décentes, mais toujours infamantes ; car le sacrifice du patrimoine, qui sauvait le corps du débiteur, ne l'exemptait pas de l'humiliation. Le débiteur se déceignait et jetait sa ceinture à terre, en signe de l'abandonnement de tout son avoir [8]. En effet, dit Pasquier [9], l'or et l'argent se portent dans la ceinture, et presque tous les hommes y attachent l'instrument caractéristique de leur profession. Le plus souvent le débiteur, pour condition de la décharge de la contrainte par corps, était condamné à porter un bonnet vert, qui lui

[1] Tit. 61.

[2] Établiss. de saint Louis, I, 21 ; II, 40. Beaumanoir, 54. 6. Grand coutumier, l. 20.

[3] Assises de Jérusalem, h. cour, c. 1, c. 99.

[4] Pourquoi donc ne punirait-on ceux qui ont dépensé prodigalement leurs biens et substances en jeux, bombances, luxes et somptuosités, et défraudé doleusement leurs créanciers? C'est pourquoi aucuns les appellent *éponges, harpies et sangsues*. Antoine Muret, après Lucilie, les appelle *tricones debitores et morosos*. (Bounyn, ch. 10, p. 88.)

[5] Coquille sur Nivernais, tit. 32, art 22. Bounyn, chap. 8, p. 65. « Encore en ce temps même... lesdits « cédants aux biens sont tenus, leurs chausses avalées, donner du cul nud sur le pierron. »

[6] Bounyn, *loc. cit.* Guy-Pape, quæst. 243. Pratique dorée de Pierre Jacobi, jurisc du XIVe siècle. *Revue de législ. et de jurispr.*, t. 20, p. 428. M. Bouthors, *Cout. d'Amiens*, p 338. M. Renouard, *Des faillites*, t. 1, p. 47, 51, 55, 71.

[7] Supplém. à Ducange, v° *Cessio bonor.*, où se trouvent les textes

[8] Auvergne, ch. 20 ; Bourbonnais, art. 71.

[9] Rech. liv. 4, ch. 10.

était donné par ses créanciers et à leurs dépens [1]. Il disait devant le juge : *Je n'ai de quoi payer mes créditeurs, et pour ce je abandonne tous mes biens où qu'ils soient ;* puis il jetait son bonnet ou son chapeau [2] ; en place de cette coiffure, le bonnet vert lui était imposé, comme pour exprimer qu'il était devenu pauvre par sa folie [3], et il devait le porter en tous temps et en tous lieux à peine d'être saisi au corps et déchu du bénéfice de cession [4]. Par là, le public était averti de ne pas entrer en rapports d'affaires avec *tels verdiers* [5], et la loi coutumière semblait dire :

« *Fenum habet in cornu ; longe fuge* [6]. »

C'est ainsi qu'à Avignon et autres lieux, pour distinguer les juifs des chrétiens, on les affublait d'un bonnet à la marrabais [7]. C'est ainsi que les femmes publiques portaient dans leur costume un signe distinctif de leur infâme métier [8], et que les lépreux étaient signalés par leurs habillements [9]. Nos aïeux avaient voulu que cette ignominie inspirât aux citoyens une crainte salutaire et les portât au soin diligent de leurs affaires. Car « cet inconvénient, dit Coquille, » ne pouvait advenir sans grande faute du » débiteur, qui a été trop facile à emprunter, trop prompt à dépendre, trop s'aimant, et n'aimant point autrui [10]. »

Du reste, le cédant devait abandonner tous ses biens par le menu [11]; ses créanciers étaient autorisés à ne lui laisser que son plus vil accoutrement, tel qu'on le laisse à ceux que l'on mène au gibet [12].

Au XVIIe siècle, cette obligation du bonnet vert, qui avait été un adoucissement à des pratiques plus dégradantes, commençait elle-même à se perdre. Boileau, après y avoir fait allusion dans une satire publiée en 1666, n'en parle dans son édition de 1713 que comme d'une pratique abandonnée; et en effet Pothier nous apprend que les créanciers ne faisaient plus usage, à Paris et dans l'Orléanais, de la clause de la sentence qui imposait cette condition au débiteur. Toutefois, à Bordeaux, les créanciers y tenaient encore la main [13]; et la censure publique, fidèle aux mœurs sévères des temps plus anciens, approuvait, comme autrefois [14], une peine qui paraissait un frein nécessaire pour maintenir les pères de famille dans des habitudes d'économie et de bonne foi. Les gentilshommes eux-mêmes n'étaient pas exempts de cette infamie de fait [15]. Avant que l'opinion n'eût adouci ses rigueurs dans la ville de Paris, divers arrêts avaient condamné des gentilshommes à subir le bonnet vert. Par exemple, un arrêt du 4 mai 1609 condamna un gentilhomme de plus de soixante et dix ans à porter cette honteuse coiffure ; un autre arrêt du 10 mai 1662 infirme une sentence du juge de Châtillon-sur-Marne qui avait dispensé le cessionnaire de porter le bonnet vert, en conséquence de sa qualité de gentilhomme.

---

[1] Brodeau sur Louet, lettre C, n° 56. Leprêtre, 1re cent., ch. 99. Savary, part. II, liv. 4, c. 5. Pothier, *Procéd. civile*, part. V, ch. 2, § 5. Boileau, *Satire* I. Bounyn a traité longuement cette matière, ch. 8 et s.; M. Bouthors, *Cout. d'Amiens*, p. 338.

[2] Cout. de Corbie (échevinage), art. 7. M. Bouthors, p. 201, 202. Ordonn. de Louis XII de juin 1510, art. 70.

[3] Bounyn, ch. 18. A Lucques, le bonnet était orange. Pasquier, *loc. cit.*

[4] Bounyn, p. 56. Pothier, *loc. cit.*

[5] Bounyn, ch. 10, p. 76.

[6] Horace, I, *satir.* 4.

[7] Bounyn, ch. 10, p. 76.

[8] *Id.*, p. 78 ; elles portaient une aiguillette sur l'épaule.

[9] Bounyn, ch. 10, p. 78.

[10] Sur Nivernais, tit. 32, art. 22.

[11] Bounyn, ch. 20, p. 148.

[12] Bounyn, ch. 20, p. 148.

Somme rurale, liv. 2, tit. 20. A Saint-Quentin et à Gamaches, l'homme de fief qui avait fait cession de biens à un bourgeois ne pouvait être saisi ni arrêté lorsqu'il passait par la ville. Mais s'il descendait de son cheval, son créancier avait le droit de saisir l'animal et de le retenir comme gage de sa créance (M. Bouthors, *Cout. d'Amiens*, p. 351; art. 12 de la *Cout. de Gamaches*, p. 402, et notes, p. 439).

[13] Pothier, *loc. cit.*

[14] Bounyn, ch. 8, p. 56.

[15] Infamie de fait et non de droit. Pasquier, l. 4, ch. 10.

Malgré l'humiliation qui l'accompagnait, la cession de biens était beaucoup plus pratiquée qu'elle ne l'est de nos jours. Le grand nombre de décisions judiciaires intervenues sur cette matière en est la preuve. Il y avait même dans le prétoire des tribunaux une pierre réservée, sur laquelle se plaçait le débiteur qui faisait cession [1]. Ce bénéfice était refusé aux débiteurs de mauvaise foi [2], à ces dissipateurs imprudents que les Romains appelaient *decoctores*, par une comparaison prise des alchimistes, qui, par la fonte des métaux, en font aller une partie en fumée [3].

Un autre bénéfice pouvait être obtenu par le débiteur : c'étaient les lettres de répit accordées par le prince à l'égard des créanciers *puissants d'attendre* [4]. Le débiteur obtenait, sur de bonnes considérations, un délai qui suspendait toute poursuite [5]. En attendant, il pouvait, en liquidant lui-même son actif, en poursuivant ses créanciers, en faisant rentrer ce qui lui était dû, satisfaire à ses obligations et échapper aux dures extrémités de la contrainte par corps ou de la saisie. Mais l'obtention de ce bénéfice était rare. Le roi ne se décidait pas facilement à arrêter le cours de la justice et des exécutions judiciaires. On avait raison d'en être sobre. On aurait eu plus raison encore si on ne s'était laissé arracher quelquefois par des courtisans.

Revenons maintenant [6] à l'ordonnance de 1667 dont cette digression nous a un moment éloignés. Nous venons de voir ce que Louis XIV avait fait pour assurer autant que possible la liberté du débiteur civil, si facilement abandonnée jusque-là à la discrétion de ses créanciers. Le pas était immense, et cette partie de l'ordonnance de 1667 fait le plus grand honneur aux conseillers de ce prince.

Quant aux matières commerciales, un tout autre système prévalut. La contrainte par corps fut maintenue pour faits de commerce et lettres de change. L'ordonnance n'admit aucun tempérament ; elle repoussa toute mesure, toute transaction qui auraient eu pour résultat d'énerver le crédit et d'affaiblir la confiance. Est-ce à tort qu'elle a établi une telle différence entre le crédit civil et le crédit commercial? Montesquieu lui a donné raison [7], et nos lois les plus récentes se sont rangées à son avis. Dans les matières civiles, il est rare que l'intérêt d'un particulier ait assez de prépondérance pour avoir droit au sacrifice de la liberté du débiteur. Si vous mettez dans l'un des plateaux de la balance la propriété compromise du créancier, et dans l'autre la liberté ravie au débiteur, vous trouverez que celle-ci est d'un plus grand poids. La société est moins blessée par un dommage fait à la propriété d'un seul citoyen que par un dommage fait à la liberté. D'ailleurs, le crédit civil a rarement besoin de la contrainte par corps. La lenteur qui préside aux transactions civiles permet d'étudier mûrement la condition et la solvabilité des personnes ; on a tout le temps nécessaire pour asseoir la solidité des conventions sur des titres authentiques munis de bonnes garanties hypothécaires : le créancier qui, en définitive, n'est pas payé, peut presque toujours se reprocher de n'avoir pas usé avec assez de soin de ces moyens de protection. Dès lors, la société qui lui livre le patrimoine du débiteur est en droit de lui refuser sa liberté. Il n'a qu'à s'en prendre à lui-même de son trop grand abandon. Ce n'est que dans le cas de fraude caractérisée que la société, qui pourrait infliger une peine corporelle au débiteur coupable d'une insigne mauvaise foi, peut à plus forte rai-

[1] Bugnyon, *Alliance des coutumes*, l. 10, § 72. Bouyn, ch. 8, p. 65.

[2] Edit de François Ier du 10 octobre 1536. Coquille *sur Nivernais*, t. 32, art. 22.

[3] Coquille, *loc. cit.*; il cite Cicéron, Philippique II.

[4] Coquille, *loc. cit.* Voy. aussi *Instit. au droit français*, tit. *Des exécutions*.

[5] Bourbonnais, art. 58. Loisel, IV, 6, 11 et 12. Ordonn. de 1673, tit. 9, art. 1.

[6] *Infrà*, nos 6, 349, 354, 400.

[7] *Infrà*, no 6.

son le contraindre par la saisie de sa personne.

Dans les matières commerciales, il en est tout autrement. Ce n'est plus la propriété d'un seul qui est en présence de la liberté d'un seul. Le crédit commercial est comme une chaîne dont un anneau se lie à un autre anneau, jusqu'à ce que, de proche en proche, on remonte au point de départ. « Si « vous ignorez (disait l'orateur athénien à « Apollodore) que la confiance et le crédit « sont les meilleurs fonds d'une banque, « votre ignorance est extrême [1]. » Dans le commerce nul comptoir n'est isolé; le crédit du créancier négociant se lie au crédit de vingt autres négociants qui seront compromis par le contre-coup de ses mauvaises affaires. Qu'un négociant ne soit pas payé à l'échéance convenue, que ses rentrées ne s'effectuent pas par le fait de ses débiteurs, le voilà compromis, ébranlé. Débiteur lui-même, il ressent une gêne qui réagira sur ses correspondants, et vingt comptoirs peut-être seront paralysés avec le sien, par le fait de celui qui le premier a manqué à ses promesses. Le crédit commercial a donc des caractères qui en font une branche du crédit public; il a besoin d'une loi de salut public pour marcher sans embarras et sans secousses. Cette loi, tout le monde la nomme: c'est celle de la contrainte par corps atteignant le débiteur téméraire qui ne répond pas à l'appel suivant ses engagements.

Cette loi est d'autant plus nécessaire que les affaires commerciales marchent avec une rapidité qui exclut toutes ces précautions minutieuses dont le droit civil offre l'arsenal. L'occasion est tout dans le commerce; il faut être prompt à la saisir; on traite donc de confiance entre négociants; on contracte envers absents, sans notaires et sans avocats, et le renom de la personne remplace les garanties hypothécaires du droit civil. Si donc la nécessité oblige à tant accorder à la personne, la personne à son tour ne doit rien refuser de ce qui peut donner foi à sa parole. En acceptant une affaire, il faut qu'elle s'y jette tout entière, comme Coclès dans le fleuve sacré.

Enfin, n'est-ce rien que de tenir à la disposition du crédit un moyen qui a une si grande vertu comminatoire qu'il fait payer par crainte ce que souvent on ne payerait pas par bonne foi? Cette raison, que Démosthène opposait aux propositions par lesquelles Timocrate voulait enlever au fisc athénien la sévérité de l'emprisonnement, n'a pas perdu de son à-propos après tant de siècles.

Telles sont les considérations qui dominent l'ordonnance de 1667. Elles n'ont pas vieilli: car elles sont encore l'explication de la loi qui nous régit; et, lors de la dernière épreuve à laquelle la contrainte par corps fut soumise en 1832, le législateur fut obligé de reconnaître que les commerçants les plus éclairés regardent encore aujourd'hui la contrainte par corps comme une des plus fermes sanctions du crédit [2].

Reprenons maintenant la suite des faits historiques.

L'ordonnance de 1667 resta la loi fondamentale de la contrainte par corps jusqu'à la révolution. Humaine dans son principe, cette loi avait été appliquée par les magistrats avec des idées d'humanité qui contrastaient de plus en plus avec l'âpreté du moyen âge.

Cependant, une opinion s'était formée dans un certain nombre d'esprits spéculatifs, qui, même avant 1789, conçurent des doutes sur l'utilité de la contrainte par corps. Deux fois, dans le cours du XVIIIe siècle, l'embarras des finances avait forcé à suspendre l'exercice de la contrainte par

[1] Pour Phormion.

[2] Il est vrai que M. Laffitte disait à la chambre des députés le 25 mars 1828 : « Le commerce, qui « civilise tout, a-t-il besoin pour sa sûreté de recou- « rir à des moyens qui rappellent les temps de la « plus grande barbarie? Évidemment non! »

Mais le commerce n'a pas ratifié cette opinion.

corps : une première fois en 1715, à la suite de la guerre de la succession d'Espagne [1], une seconde fois après les désastres de Law [2]. La ruine du crédit public, l'énormité des impôts, la rareté du numéraire et la dépréciation des valeurs en circulation, l'ébranlement des fortunes privées, expliquent suffisamment ce répit temporaire accordé aux malheurs des temps, à l'empire de la force majeure et à la crainte imminente d'une crise générale. Mais enfin la contrainte par corps avait été paralysée de fait pendant un certain laps de temps [3], et cet intervalle servit de prétexte aux esprits dont je parle pour attaquer la contrainte par corps en elle-même. Parce qu'on l'avait arrêtée pendant quelques années d'exception où le crédit privé ne manquait à ses obligations que par le contre-coup de la banqueroute publique, ils auraient voulu qu'on la retranchât pour toujours du Code de nos lois.

Lorsque la révolution éclata, cette opinion vint prendre place dans les rangs de l'Assemblée constituante, si accessible à toutes les idées généreuses ; elle chercha les occasions, sinon de réussir, au moins de se manifester. Car les idées n'étaient pas entièrement arrêtées contre la contrainte par corps au sein de la majorité ; on hésitait à abandonner un principe qui ajoutait à la sûreté des transactions. Les adversaires de la contrainte par corps, désespérant d'arriver sur-le-champ à leurs fins, se contentèrent d'obtenir des réserves éclatantes. L'assemblée avait à s'occuper de la contrainte par corps contre ses membres ; la loi du 17 mars 1791, en les laissant sous l'empire du droit commun, ajouta ces mots remarquables : « *tant que la contrainte par corps aura lieu.* » C'était poser dans la loi une grave question, mais ce n'était pas la juger. L'Assemblée constituante recula devant cette hardiesse.

Elle ne montra pas moins de retenue dans une autre occasion qui se présenta l'année suivante. Une déclaration de circonstance du 29 janvier 1715 avait étendu la contrainte par corps au payement des mois de nourrice. Mais, depuis l'*Émile* de Jean-Jacques Rousseau, les nourrices n'étaient plus en faveur. Une loi du 25 août 1792, inspirée par le livre alors si populaire du philosophe genevois, alla les découvrir entre tant d'autres créanciers, et leur enleva le privilége, assez bizarre du reste, de la contrainte par corps. C'était assurément le cas ou jamais de se prononcer en principe contre ce mode d'exécution, et de ne pas se renfermer dans les limites étroites d'un cas particulier. L'Assemblée constituante ne le fit pas. Voici le préambule de son décret :

« Considérant que chez un peuple libre » il ne doit exister de loi qui autorise la » contrainte par corps *que lorsque les motifs les plus puissants la réclament ;*

« Considérant que la contrainte par corps » pour dettes de mois de nourrice n'est déterminée par aucun motif de cette nature ; » qu'elle est même contraire à l'intérêt du » créancier ; qu'en général on ne peut attendre son payement que de l'industrie et » des travaux du débiteur.... » Etc.

Ainsi l'Assemblée constituante admet que lorsque les motifs les plus puissants existent, la contrainte par corps peut trouver sa place dans les lois d'un peuple libre. En général cependant, le créancier doit compter sur l'industrie de son débiteur pour être payé, et le droit commun n'est pas et ne saurait être la contrainte par corps ; mais s'il existe des raisons très-puissantes, la liberté peut être prise pour gage de payement. Tel est le sens exact de ce préambule ; il contient un aveu précieux ; il annule les réserves de 1791.

On voit par là que l'opinion opposée à la contrainte par corps ne restait pas oisive auprès de la Constituante, et qu'elle épiait tous les instants pour arracher à son entraînement une mesure favorable. On voit

[1] Sous le chancelier Voisin.

[2] Sous le ministère de d'Aguesseau.

[3] Jusque vers 1733.

aussi ce qu'elle gagna : un coup d'État contre ces pauvres nourrices, un petit succès pour les déclamations de Jean-Jacques.

La Convention nationale était d'un tempérament à brusquer davantage les difficultés d'une pareille question. Le 9 mars 1793, cette assemblée, qui remplissait les prisons de victimes politiques, en ouvrit les portes aux détenus civils et abolit la contrainte par corps comme contraire à la saine morale, aux droits de l'homme et aux vrais principes de la liberté [1]. Seulement, elle chargea son comité de législation de lui faire promptement un rapport sur les exceptions.

Mais que signifient ces grands mots philanthropiques? Si la saine morale défend la contrainte par corps, est-ce qu'elle doit être admise même par exception? Y a-t-il des exceptions à la morale?

L'illusion ne fut pas longue. Le 30 mars 1793, la contrainte par corps était rétablie contre les comptables de deniers publics; et, en face des banqueroutes du Directoire, des jeux de l'agiotage et de l'anarchie du commerce, une loi du 24 ventôse an v, rendue d'urgence, décréta le rétablissement de la contrainte par corps :

« Considérant qu'il est urgent, disait le » Conseil des Anciens, de rendre aux obli- » gations entre citoyens la sûreté et la » solidité qui seules peuvent donner au » commerce de la république la splendeur » et la supériorité qu'il doit avoir [2]. »

Quelques mois après, une autre loi mûrement élaborée complétait le principe rétabli par la loi du 24 ventôse : ce fut la loi du 15 germinal an VI. Cette loi a joué un grand rôle; elle fut pendant longtemps le code de la contrainte par corps. Elle se partageait en trois titres : le premier s'occupait de la contrainte en matière civile, le second de la contrainte par corps en matière commerciale, le troisième de l'exécution des jugements entraînant contrainte par corps.

Le Code civil la démembra en réglant à nouveau la contrainte par corps en matière civile [3]. Le Code de procédure civile lui fit subir une seconde mutilation en s'emparant de l'exécution [4].

De ces trois têtes il ne lui en resta qu'une : elle continua à dominer les matières commerciales.

Ainsi, la jurisprudence avait à concilier et à coordonner le Code civil, le Code de procédure, la loi de l'an VII. Elle était embarrassée de ces parties incohérentes et morcelées. Une refonte était indispensable.

A la naissance du gouvernement représentatif, de graves controverses s'élevèrent; la législation existante fut accusée à la tribune : des voix éloquentes se firent entendre en faveur des prisonniers pour dettes.

M. Hyde de Neuville commença l'attaque. Il fit à la chambre de 1815 une proposition qui fut adoptée à l'unanimité; mais elle ne survécut pas à cette assemblée bouillante où les talents furent distingués, mais où manquaient la modération et la sagesse. Depuis, M. Hyde de Neuville ne cessa d'entretenir les chambres des prisonniers pour dettes; il plaida avec talent et courage une cause, disait-il, *très-facile à défendre et très-difficile à gagner* [5].

En 1817, M. Lainé, ministre de l'intérieur, présenta une loi destinée à modifier les rigueurs de la contrainte par corps sous le rapport de l'insuffisance des aliments et sous le rapport de la trop grande durée de la détention. Après de longues discussions, ce projet alla se perdre dans l'oubli.

En 1819, un autre projet fut soumis aux chambres par le gouvernement; adopté

[1] M. le comte Portalis s'étonne de cet hommage rendu à la liberté par la Convention (rapport à la chambre des pairs, 22 décembre 1831, *Monit.* du 30).

[2] Proposit. de J. Debry. MM. Lanjuinais, Portalis, Regnier, Dupont (de Nemours) prirent part à la discussion.

[3] *Infra*, n° 610.

[4] *Id.*

[5] Disc. du 5 mars 1827.

par les députés, il fut rejeté par les pairs à cause de sa rigueur.

En 1828, après d'autres projets avortés et bien des vœux évanouis, M. Jacquinot reprit l'idée d'une réforme [1]. C'est de là qu'est sortie, après diverses transformations, la loi du 17 avril 1832. Le moment était venu, auprès des hommes éclairés, de s'occuper sérieusement d'une question d'humanité dont la solution était urgente. Les détenus avaient profité du droit de pétition pour porter à la tribune la connaissance de nombreux abus et la preuve de graves souffrances. Tout avait été examiné et discuté dans les libres discussions de la presse, dans des commissions philanthropiques; le pouvoir législatif était en demeure d'intervenir. C'est ce que comprit à merveille M. le comte Portalis, alors garde des sceaux. La proposition de M. Jacquinot-Pampelune fut écoutée d'un pouvoir sagement libéral; elle donna lieu à un projet de loi dont fut saisie la chambre des pairs [2]. Mais les événements qui renversèrent le ministère dont M. Portalis faisait partie, les âpres discussions politiques qui remplirent l'année 1829, enfin la révolution de 1830, entravèrent la marche du projet de loi. Ces grandes préoccupations ne le firent cependant pas oublier. M. Jacquinot-Pampelune le remit en scène sous forme de proposition [3]. Repris par le gouvernement en 1831 et présenté le 2 novembre à la chambre des pairs par M. Barthe, garde des sceaux [4]; discuté à la chambre des députés en 1832 [5]; renvoyé à la chambre des pairs dans le courant de la même année à cause de divers amendements adoptés par la chambre des députés [6], il fut enfin sanctionné comme loi le 17 avril 1832.

On ne peut nier que cette loi n'ait introduit de nombreuses et notables améliorations dans le régime de la contrainte par corps et dans le sort des détenus; elle maintient à la contrainte par corps son caractère de mesure d'exception, réservée pour certains cas graves, dans lesquels éclatent le dol ou la haute imprudence. Elle le refuse pour les dettes exiguës [7]. Des formes lentes protégent le débiteur contre les surprises [8]. La durée de l'emprisonnement est toujours limitée [9]; les exemptions et les garanties sont plus nombreuses que par le passé; on a plus d'égards pour l'âge et pour le sexe, et les étrangers eux-mêmes participent à la commisération du législateur. Le juge peut, dans quelques circonstances, accorder des sursis [10]. On fait violence au droit civil en acceptant des payements partiels [11]. Le taux des aliments est augmenté, et par là la contrainte par corps porte avec elle un remède salutaire contre ses abus. Car le créancier ne se hasardera pas à user de rigueur contre un malheureux insolvable dont il n'aura rien à espérer [12]. Enfin la faillite qui dessaisit le débiteur malgré lui, la cession de biens qui le dessaisit volontairement, restent toujours debout pour faire obstacle à la contrainte par corps et sauver la liberté par le sacrifice des biens. En un mot, la loi de 1832 a beaucoup fait pour ceux qui désiraient un adoucissement dans la législation de la contrainte par corps. Je ne dirai pas qu'elle a mis fin au triste concert de plaintes qui auparavant venait affliger à chaque session le cœur des représentants de la nation [13]. Mais elle l'a rendu moins opi-

[1] 12 juillet 1828.

[2] 31 mars 1829. *Monit.*, 1829, p. 489. Rapport de M. de Bastard, p. 706. Discuss., p. 739, 740, 744, 754, 761, 777, 783, 795, 805, 822, 823.

[3] 4 octobre 1830. *Monit.*, 1830, p. 1233, 1308.

[4] Monit., 1831, p. 2022, 2039, 2041. Rapport M. le comte Portalis, p. 2559. Discuss., 1832, p. 2 et 12.

[5] 17 janvier 1832. *Monit.*, 1832, p. 170, 204. Rapport de M. Parant, p. 498.

[6] *Moniteur*, p. 1031, 1073, 1074.

[7] *Infra*, nos 280, 363, 416.

[8] *Infrà*, no 13.

[9] *Infrà*, nos 10, 43.

[10] *Infra*, no 327.

[11] *Infrà*, nos 38, 362, 363.

[12] *Infrà*, nos 30, 31, 386.

[13] Des pétitions ont été présentées aux chambres en 1845 et 1846.

modère et moins ardent, et elle a fait dégénérer en déclamation beaucoup de clameurs qui auparavant portaient sur des griefs réels. A la vérité, elle aurait été mieux accueillie des philanthropes si elle eût aboli en principe la contrainte par corps. Mais c'est en connaissance de cause, c'est après de sérieuses délibérations qu'elle n'a pas cédé à leurs vœux d'abolition. Il a semblé à la loi de 1832 que la question était jugée par l'état de nos mœurs, par les besoins de notre credit et par l'inutilité des tentatives faites depuis 1789. Quand même la contrainte par corps n'aurait qu'une vertu d'intimidation, peut-être serait-il imprudent de l'enlever tout à fait au commerce, au fisc et au petit nombre de cas civils pour lesquels la loi l'accorde; car il est utile à une société d'avoir sous sa main ces moyens énergiques qui ont encore plus d'efficacité pour empêcher que pour réprimer. On parle beaucoup du mal que la contrainte par corps fait à la liberté de quelques débiteurs; on ne parle pas assez du mal public qui ne se fait pas à cause d'elle, et du bien qu'elle procure au crédit en prévenant les fraudes et les imprudences. Ceux qu'elle atteint sont à plaindre malgré leurs fautes; mais il ne faut pas oublier le grand nombre de ceux qu'elle sauve par un juste et salutaire effroi. D'ailleurs, je ne crois pas qu'il y ait un principe immuable qui commande, au nom du droit naturel et de la raison, de briser nécessairement les chaînes de la dette. Sans doute la pauvreté ne doit pas être punie comme un crime [1], et une large part d'indulgence doit être faite pour les malheurs imprévus, qui viennent frapper l'homme honnête, laborieux et attaché à ses engagements. Celui-là ne doit pas en général le sacrifice de sa liberté, et la loi serait injuste si elle l'exigeait de lui. Mais le non-payement de la dette, qui est toujours un trouble apporté au crédit, participe, dans certains cas, du caractère du dol, ou du moins de cette haute imprudence que les lois romaines assimilent au dol. « Il n'y a pas une grande différence, » disait au parlement anglais M. Barring, » président du conseil du commerce [2], » entre celui qui a contracté une dette en » sachant qu'il ne pourrait pas l'acquitter et » celui qui est convaincu d'un léger larcin. » A la rigueur la loi aurait le droit de châtier cet homme dissimulé ou téméraire par une peine corporelle. Si elle ne va pas jusque-là, si elle préfère la coaction à la punition, c'est de sa part un ménagement dont il faut lui savoir gré, et qu'on a tort de rétorquer contre elle. En soi, son droit ne saurait être contesté; il découle de ce pouvoir qui, armé pour punir, peut à plus forte raison contraindre. Je reconnais cependant tout ce qui est dû à la liberté humaine. Cette liberté est sainte puisqu'elle nous vient de Dieu. Mais Dieu y a mis des limites, afin de nous apprendre que tout ce qui émane de lui n'est pas lui-même: et quand nous tentons d'effacer ces limites naturelles, c'est comme si nous voulions retourner par une autre voie à une nouvelle espèce d'idolâtrie. Gardons-nous de déifier encore une fois l'homme, en rendant sa vie et sa liberté aussi sacrées que celles d'un dieu! L'idolâtrie païenne fut le fruit de l'ignorance; celle-ci serait le fruit d'un orgueil désordonné, paré des fausses couleurs de la philosophie et de l'humanité [3].

[1] Bruni. *De cessione bonor.*, quest. 1. nº 4.

[2] M. Bayle-Mouillard cite son discours, p. 69.

[3] Nota. La contrainte par corps existe en Angleterre avec les formes originales qui sont propres à ce pays. Elle a lieu pour toutes dettes; elle existe, même d'après les statuts du 16 août 1838, d'une manière préventive, pour les causes qui doivent être portées devant l'une des cours supérieures de Westminster, pourvu que la somme s'élève au moins à 20 livres. Pour obtenir cette arrestation préventive, le demandeur doit préalablement affirmer devant le juge que le défendeur est sur le point de quitter l'Angleterre à moins qu'il ne soit immédiatement arrêté. L'ordre d'arrestation peut être donné à quelque époque que ce soit avant le jugement final.

On trouve également la contrainte par corps en Espagne, d'après les principes du droit romain (Covarruvias, in cap. *Quamvis*, de pactis). Elle fut dans l'origine une servitude qui obligeait le débiteur à travailler jusqu'à ce que son travail eût éteint

la dette (Chopin, *De morib. Parisior.*, l. 3). Charles-Quint avait même voulu que les insolvables fussent punis comme voleurs (Grat., *Discep.* 140).

On prétend qu'elle n'existe pas en Portugal (M. Loubens, p. 333, note). Je n'ai pas plus été à même que M. Bayle-Mouillard de vérifier ce fait (p. 78), et j'en doute.

On assure aussi qu'elle n'a jamais été connue en Hollande (M. Loubens, *loc. cit.*). C'est une erreur. Elle a été pratiquée en Hollande dès l'époque la plus ancienne (Sym. Leeuwen, *Censur. forens.*, l. 4, c. 46, nº 12).

On la trouve en Belgique (Gudelin, *De jure novissimo*, lib. IV, c. 16);

En Sardaigne (*Lois et constit. de Sardaigne*, édit. de Charles-Emmanuel de 1770); Menoch., *De arb. judic.*, cas. 185, nº 14; voyez aussi le Code sarde, art. 2099;

En Italie (Code des deux-Siciles, art. 1931);

En Suisse (C. du canton de Vaud, art. 1547);

En Allemagne (M. Fœlix et M. Bayle-Mouillard, p. 81, 82; Code autrichien, art. 275;

En Prusse (M. Fœlix, M. Bayle-Mouillard, p. 89), où le débiteur peut être condamné à consacrer ses travaux au créancier (C. prussien, part. 1, tit. 24, art. 142);

Dans les États plus avancés vers le Nord, tels que le Danemark [1], la Norwége [2], la Suède [3], la Russie [4] : dans ce dernier pays, on peut aussi condamner le débiteur à travailler pour le créancier;

A Hambourg : M. Decazes a avancé que cette ville commerçante avait donné le premier exemple de l'abrogation de la contrainte par corps, *Monit.*, 1829, p. 742; suivant M. Fœlix, au contraire, la loi de Hambourg permet la contrainte par corps pour lettres de change (voy. *Gaz. des Tribunaux*, 2 novembre 1831).

Aux États-Unis, elle existe également. M. Laffitte a dit cependant à la chambre des députés, le 23 mars 1828 : « Les États-Unis et l'Angleterre, messieurs, « sont au sommet de l'échelle commerciale, *eh bien!* « *les États-Unis ont aboli l'incarcération pour dettes*, « et les voix les plus éloquentes s'élèvent de toute « part, en Angleterre, pour que ce bel exemple soit « imité. »

Il n'est pas exact que les États-Unis aient aboli la contrainte par corps. Qu'on prenne les états des détenus dans les prisons d'Amérique, à la Louisiane, par exemple, on y verra figurer les détenus pour dettes [5]. Ce qui a été aboli dans quelques États et non dans tous, c'est l'emprisonnement préalable. Mais en toute matière les jugements étaient, encore en 1830, exécutoires par la contrainte par corps, sauf le serment d'insolvabilité [6]. On prétend cependant qu'une loi du 27 avril 1831 ne l'a maintenue qu'en cas de fraude et d'imprudence grave [7], ce qui serait à peu près notre système; car la loi française a réservé la contrainte par corps pour les cas exceptionnels, où apparaissent le dol et la haute imprudence qui est comparable au dol. Quant à l'Angleterre, malgré les voix éloquentes dont parle M. Laffitte, malgré quelques réformes secondaires, elle garde la contrainte par corps, dont le régime vaut beaucoup moins que le nôtre. Et d'ailleurs, à part quelques esprits radicaux, le vœu des hommes pratiques n'est pas l'abolition totale de la contrainte par corps, mais l'abolition de la contrainte par corps avant jugement, et l'abolition de la contrainte par corps après jugement lorsqu'il n'y a pas réticence, contumace et fraude ou faute lourde équivalant à dol [8].

[1] Angelot, *Sommaire des législat. des États du Nord*, p. 47.

[2] *Id.*, p. 116 et 340.

[3] *Id.*, p. 190. Zazius, *Catal. leg. antiq.*, tit. *De cessione bonor.*, C. suédois.

[4] *Id.*, p. 284.

[5] Voy. le Syst. pénitentiaire, par M. Ch. Lucas, t. 1, p. 164.

[6] T. Gordon, *Digest of the laws of the United States*. M. Bayle-Mouillard, p. 410.

[7] *Gazette des Tribunaux*, 1831, p. 1215.

[8] Proposition de sir John Campbell en 1835. (Voyez-en les débats dans M. Bayle-Mouillard, p. 62 et 63.)

CODE CIVIL.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE XVI.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS

EN MATIÈRE CIVILE.

DÉCRÉTÉ LE 13 FÉVRIER 1804, PROMULGUÉ LE 23 [1].

Article 2059.

La contrainte par corps a lieu, en matière civile, pour le stellionat.

Il y a stellionat :

Lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire :

Lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués, ou que l'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés.

SOMMAIRE.

1. Des significations diverses dont le mot *liberté* est susceptible.
2. Dans le titre de la *contrainte par corps*, le mot liberté n'a qu'un sens. Il se prend pour la liberté corporelle et individuelle.
3. Éloge de la liberté par les jurisconsultes romains. Le voisinage de l'esclavage leur en faisait mieux sentir le prix.
4. Comment la contrainte par corps se concilie-t-elle avec l'inviolabilité de la liberté individuelle?

---

[1] Ce titre du Code civil n'a subi en Belgique jusqu'à ce jour (1847) aucune modification. Un projet de loi sur la matière de la contrainte par corps a été envoyé aux cours et tribunaux avec invitation d'en faire l'objet de leurs observations; en voici les bases :

« 1° Le projet supprime la contrainte par corps en matière civile; toutefois il punit de l'emprisonnement et de l'amende quelques actes frauduleux qui aujourd'hui donnent lieu à la contrainte par corps.

« 2° En matière commerciale il affranchit les non-commerçants de la contrainte par corps, il en interdit l'exercice pour une somme inferieure à 200 francs et il la rend facultative lorsque la dette est de 200 à 600 francs.

« 3° A l'égard des étrangers il permet ce mode d'exécution pour une somme de 200 francs et lorsqu'il s'agit d'obligations contractées dans le royaume envers un individu domicilié en Belgique.

« 4° Tout en autorisant l'arrestation provisoire des étrangers, le projet impose au créancier l'obligation de se pourvoir en condamnation dans la huitaine, ce qui empêche de prolonger indéfiniment une mesure essentiellement provisoire.

« 5° En matière criminelle le projet limite la contrainte par corps aux frais dus par les condamnés à l'État; il l'abolit en ce qui concerne les amendes, les réparations civiles et les frais dus soit à l'État par la partie civile, soit à la partie civile par les condamnés. Et pour mettre un terme à l'impunité dont jouissent aujourd'hui les indigents condamnés à l'amende, il remplace, en cas d'insolvabilité, la peine pécuniaire par celle de l'emprisonnement.

« 6° Enfin dans le cas où le projet autorise la contrainte par corps, il en admet l'exercice autant que peuvent le permettre l'intérêt public et celui du créancier.

Exposé de quelques principes à cet égard.
La contrainte par corps ne doit être qu'un moyen rare de coaction.
5. Marche historique des idées sur ce point. Droit barbare ; droit civilisé.
6. Des distinctions auxquelles il faut remonter pour discerner les cas où la contrainte par corps doit être rejetée et ceux où elle peut être admise.
Le caractère des affaires commerciales rend la contrainte par corps nécessaire pour la régularité des opérations.
7. Il n'en est pas de même dans les matières civiles : la contrainte par corps n'y est reçue qu'à titre d'exception.
8. La contrainte par corps est ignominieuse.
9. Elle n'est cependant pas une peine.
10. Mais elle a le même caractère de défaveur que la peine. Elle est temporaire.
11. La contrainte par corps est impérative ou facultative.
12. La contrainte par corps appartient-elle au Code civil ou au Code de procédure civile ?
Elle appartient à tous deux.
Le Code civil l'envisage comme garantie stipulée par les parties ou stipulée par la loi. Par là elle appartient au livre 3 du Code civil.
13. La contrainte par corps se résout en arrestation et emprisonnement.
Distinction entre l'arrestation et l'emprisonnement.
Les formes de l'arrestation sont du domaine du Code de procédure civile.
Nécessité de formes lentes et prudentes.
Signification au débiteur.
14. Conditions de temps pour la légalité de l'arrestation.
On ne peut saisir le débiteur avant le lever et après le coucher du soleil.
15. On ne peut l'arrêter les jours de fête légale.
16. Conditions de lieu.
Édifices religieux et temps de l'exercice du culte.
17. Lieu et temps des séances des autorités constituées.
18. Maison et domicile du débiteur.
19. Suite.
20. Sauf-conduit.
21. Suite.
22. Suite.
23. Du sauf-conduit légal accordé aux pairs de France et aux membres de la chambre des députés.
Renvoi pour les exemptions personnelles.
24. De l'officier ministériel chargé de l'exécution. Huissiers. Gardes du commerce.
Formes de la saisie.
25. Suite.
26. Suite. *Quid* si le débiteur refuse de suivre le créancier ?
27. Du référé au président. Renvoi au n° 552.
28. De l'incarcération. Point de prison privée. Ménagements auxquels le débiteur incarcéré a droit.
29. De l'écrou.
30. Des aliments. Principes et renvoi aux n°s 586 et suivants.
31. Le créancier ne fait que les avancer, mais il est souvent exposé à les perdre.
32. De la recommandation.
33. Suite.
34. Suite.
35. Nécessité des formes ci-dessus prescrites.
36. Elles sont de droit étroit et entraînent nullité.
37. Suite.
38. Des moyens de mettre fin à la contrainte par corps.
Elle cesse par le payement.
Quid du cautionnement ?
Dans les matières non commerciales, il suffit de payer le tiers et de donner caution pour le surplus.
39. Elle cesse par le consentement des créanciers.
40. Et par le bénéfice de cession, par la faillite et la mort civile.
41. Elle cesse par la faute du créancier s'il ne consigne pas les aliments.
42. Elle cesse par le bénéfice de l'âge.
43. Elle cesse par le bénéfice du temps.
Toute contrainte par corps est désormais temporaire.
44. Suite.
45. Suite.
46. *Quid* à l'égard des deniers publics ?
47. Et des matières pénales ?
48. Suite.
49. Suite.
50. Suite.
51. Suite.
52. Suite.
53. Suite.
54. Suite.
55. Des demandes en élargissement.
56. Il ne faut pas confondre la contrainte par corps avec le dépôt du failli dans la maison d'arrêt. Décision inédite de la cour royale de Nancy.
57. Suite.
58. Ni avec l'exécution *manu militari*.
59. Détail des cas où la contrainte par corps est admise. 1er cas prévu par l'art. 2059 : stellionat.
60. Du stellionat d'après les lois romaines ;
61. D'après l'ancien droit français ;
62. Et d'après le Code civil. Sens restreint qu'il comporte maintenant.
63. Point de stellionat sans fraude, dissimulation, imposture. Exemples.
64. Suite. Le stellionat trouve son excuse dans l'ignorance.
65. Y a-t-il stellionat quand le vendeur n'a pas induit en erreur l'acheteur, lequel savait à quoi s'en tenir ? Arrêt de Bordeaux pour la négative.
66. Les lois romaines confirment cette décision.
67. Suite.
68. Par quelles circonstances diverses la fraude peut se manifester.
De la fraude *re ipsa*.
Des cas où il ne peut y avoir fraude qu'autant qu'on a employé des déclarations mensongères.
69. Application de ceci au mari et au tuteur.
70. Suite. Exception à ce qui a été dit aux n°s 65, 66.
71. Suite. Discussion sur l'art. 2136 du Code civil et sa combinaison avec l'art. 2059.
72. Suite. L'art. 2136 ne doit pas être étendu au cas de vente.
73. Raisons à l'appui de cette proposition.
74. Point de stellionat sans préjudice causé.
75. Explication de ceci et application au cas où l'acheteur n'est pas encore inquiété.
76. Mais si le vendeur purge le vice de la vente de la

chose d'autrui par une ratification du véritable propriétaire, il n'y a plus lieu à exercer des poursuites.

Explication d'un arrêt de la cour de cassation qui a été mal compris.

77. Le demandeur en contrainte par corps, qui est complice du stellionat, est non recevable.

78. Rigueurs de la loi contre le stellionataire.

Il est privé du bénéfice de cession ; il est déchu du bénéfice du terme ; il n'est pas admis à réhabilitation.

79. Des septuagénaires et des femmes stellionataires.

80. Le jugement qui prononce la contrainte par corps pour stellionat doit fixer la durée de l'emprisonnement.

Transition à l'art. 2060.

COMMENTAIRE.

1. Il y a bien des manières d'entendre la liberté. Si je consulte le sage de Zénon, il me dira que c'est dans la philosophie, et non dans les lois écrites, qu'il faut aller chercher cette indépendance qui seule procure la vraie liberté [1]. Au contraire, le bourgeois du moyen âge est loin de se contenter de cette liberté spirituelle : il lui faut des chartes et des garanties municipales solennellement jurées ; il lui faut un affranchissement de sa personne. Sans quoi il ira verser son sang sur le champ de bataille de la commune. Si maintenant je passe du Portique et de la cité féodale au dix-neuvième siècle, je trouve que la liberté civile et politique du citoyen français s'éloigne autant des libertés chéries de ce bourgeois que de la liberté philosophique du stoïcien s'écriant : « Il n'y a que moi de libre ; tous les méchants » sont des esclaves ! »

Ce n'est pas tout : dans le sein de la liberté extérieure, de cette liberté qui n'est pas seulement la tranquillité de l'âme et la victoire de l'esprit sur les passions, dans le sein, dis-je, de la liberté civile et de la liberté politique, il y a de nombreux degrés. Le Romain n'était pas libre sous César comme il l'était sous la république. Nous sommes libres aujourd'hui d'une autre liberté que celle de la Convention ou de Napoléon. Aussi a-t-il toujours été fort difficile de donner une bonne définition de la liberté [2]. Dans son acception la plus large, la liberté est le pouvoir de vivre comme on veut. *Quid est enim libertas? Potestas vivendi ut velis* [3]. Mais cette liberté illimitée, abstraite, n'appartient qu'aux sociétés imaginaires. L'homme n'est pas né pour en goûter la réalisation pratique ; elle tuerait la vraie société, et le législateur doit intervenir comme un médecin habile pour la dispenser graduellement et par doses mesurées. C'est ce qui a fait dire au plus grand de nos publicistes : « *La » liberté est le droit de faire tout ce que les lois » permettent* [4]. » Quoi donc, cependant ! le citoyen est-il vraiment libre si ces lois sont arbitraires et tyranniques ? Il l'est, sans doute, en ce sens qu'il n'est pas esclave ; mais il ne peut se dire en possession d'une liberté sérieuse et digne de ce nom que si les lois, dictées par un esprit libéral, accordent à l'homme tout ce qu'il est raisonnablement possible de lui donner, eu égard à sa capacité actuelle, aux circonstances contemporaines, à l'intérêt des autres et au bien de l'État.

2. Comme ces distinctions tiennent directement à la politique et au droit public, elles nous éloigneraient de notre sujet si nous les poussions plus loin. Le titre de la *Contrainte par corps* n'envisage d'ailleurs la liberté que dans son élément primordial et essentiel, indépendamment des nuances plus ou moins caractérisées qui la diversifient chez les différents peuples. De quoi s'occupe-t-il, en effet ? Ce n'est pas de la liberté politique pour laquelle les sociétés modernes disputent tant aujourd'hui ; ce n'est pas de la liberté civile pour laquelle les sociétés se sont tant agitées autrefois : c'est de la liberté corporelle, individuelle, la première de toutes, celle qui sert de fondement à toutes les autres, et sans laquelle toutes les autres s'évanouissent ; j'excepte toutefois la liberté privilégiée du stoïcien ; car le stoïcien est surtout libre dans les fers !

3. Témoins des misères de la servitude, les jurisconsultes romains ont parlé de la liberté avec le langage de la vénération. Il semble qu'en faisant un retour sur eux-mêmes, ils aient éprouvé cette joie philosophique dont parle Lucrèce, et qu'inspire le spectacle des maux dont on est affranchi.

« *Non quia vexari quamquam est jucunda voluptas,*
» *Sed quibus ipse malis careas, quia cernere suave*
est [5]. »

Leurs maximes, en effet, exaltent la liberté ; elles élèvent à la plus grande hauteur ce don

[1] Quid est præcipuum? In primis labris animam habere (être toujours prêt à mourir). Hæc res efficit non e jure Quiritium liberum, sed e jure naturæ. Liber autem est, qui servitutem effugit sui !... Sibi servire, gravissima servitus est.

Sénèque (*Natur. quæst.*, lib. 3, *Præfatio*).

A ceci se rattache le paradoxe 5 de Cicéron, intitulé : *Solum sapientem esse liberum.*

[2] Voy. l'admirable chapitre de Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. 9, ch. 2).

[3] Cicér., *loc. cit.*

[4] Montesquieu, *loc. cit.*, ch. 3.

[5] Lib. 2, au commencement. J'ai exprimé ailleurs cette pensée (*Revue de législ.*, 1846, p. 6). Elle trouve sa place ici.

de la Providence. « De toutes les choses, disait Caius, la liberté est la plus précieuse et la plus favorable. » *Libertas omnibus rebus favorabilior est* [1]. « Elle est inestimable, » ajoutait le jurisconsulte Paul [2] : *Libertas inæstimabilis res est* [3]. Elle n'est pas dans le commerce, d'après Ulpien [4]. « Dans le doute, suivant Pomponius, il faut toujours se prononcer pour la liberté : » *Quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit* [5]; et la rigueur du droit doit, ainsi que l'enseignait le même Ulpien, s'abaisser devant la faveur de la liberté [6].

4. Toutes ces maximes sont admirables ; elles sont vraies ; il faut les respecter ; il faut surtout les respecter plus que ne firent les Romains, qui, tout en glorifiant la liberté, ne la foulèrent que trop souvent aux pieds [7].

Comment se fait-il ; cependant, que la contrainte par corps ait trouvé place, chez tous les peuples les plus éclairés, à côté des lois civiles qui rendent cet hommage à l'excellence de la liberté ?

C'est qu'il n'y a pas de droit de l'homme, si considérable qu'il soit, qui ne trouve sa restriction et sa limite dans quelque obligation corrélative dont l'accomplissement importe à autrui ou à la société. Quiconque manque à ce droit des autres engage par là même, envers eux, son propre droit ; et comme la justice doit avoir à sa disposition la force nécessaire pour être obéie, il s'ensuit que toute obligation a pour sanction le pouvoir d'en procurer l'exécution par des moyens de contrainte sagement exercés soit sur les biens, soit sur la personne. Celui qui a manqué à ses devoirs envers le prochain ne saurait s'opposer à ce que ses droits naturels éprouvent une diminution par l'effet de cette contrainte. N'a-t-il pas voulu diminuer lui-même le droit d'autrui ? Et quel tort lui fait-on, puisque le but de la coaction n'est pas de lui porter préjudice, mais de rendre à autrui ce qu'il a promis et ce qui est de droit ?

Celui-là donc qui a donné sa foi, et qui l'enfreint volontairement, mérite d'être atteint par une coaction restrictive de ses droits de propriété ou de liberté. La liberté est sans doute d'un grand prix ; il ne faut pas y toucher avec légèreté. Mais, en principe, on ne voit pas par quelle raison de justice elle ne pourrait pas être mise à l'épreuve pour procurer l'exécution de la convention contractée par le débiteur récalcitrant. La personne ne s'est-elle pas engagée avec le tiers ? Et puisqu'il y a manquement et contumace, pourquoi la contrainte ne s'exercerait-elle pas sur la personne, si cette contrainte est le seul et dernier moyen qui reste à la société pour assurer la foi jurée ? Seulement, la loi, en réglant cette coaction, doit garder la juste et salutaire réserve que commande l'humanité.

5. C'est ce que ne font pas les législations barbares, toujours prodigues de peines rigoureuses et de dures expiations. Elles subordonnent d'une manière générale et absolue la liberté du promettant à la tenue de sa parole, et la contrainte personnelle est toujours là, menaçante et inflexible, pour traiter en criminel ou en esclave celui qui ne paye pas sa dette [8]. Notre *Préface* a exposé ce point d'histoire avec un suffisant cortége de preuves et de détails.

Mais dans les civilisations meilleures, où l'on tient un plus grand compte de la vie et de la liberté de l'homme, la législation procède d'une manière différente. Tandis que la barbarie saisit le prévenu pour arriver aux biens, la civilisation renverse cet ordre de garantie : elle saisit les biens avant d'arriver à la personne. Elle ne veut même pas qu'un engagement auquel l'insuffisance des biens ne permet pas de satisfaire soit de plein droit exécutoire sur la personne. Par suite d'un équitable adoucissement à la rigueur des principes, le débiteur n'est tenu de remplir son engagement que sur ses biens (art. 2092, C. civil). La loi, préférant l'humanité au droit strict, ne lui demande pas d'offrir sa personne en supplément, et de subir, par l'effet d'un droit commun, la contrainte personnelle. Non ! la personne reste libre ; l'individu est respecté, et ce n'est que dans certains cas d'exception, expressément prévus, que la loi consent au douloureux sacrifice de la liberté du débiteur. Il n'appartient qu'au législateur, mandataire et organe de la volonté publique, de déclarer dans quels cas extrêmes se rencontre cette nécessité qui commande l'abdication temporaire de la liberté. Le débiteur n'a pas le droit absolu de renoncer par convention à ce bien, plus précieux que tous les autres [9]. Le juge n'a pas le plein pouvoir d'en priver à sa guise la partie qu'il condamne, et de faire de la contrainte par corps la sanction de ses décisions. En un mot, la contrainte corporelle ne saurait s'appesantir sur un citoyen que dans les cas spécialement et exceptionnellement prévus par la loi [10].

---

[1] L. 122. D., *de reg. juris.*
[2] L. 106 et 176, § 1. D., *de reg. juris.*
[3] *Junge* l. 3. D., *si quadrupes.*
[4] L. 9, § 2. D., *de statu liber.*, l. 32, § 7. D., *de recept.*
[5] L. 20. D., *de reg. juris. Junge* l. 32, § *fin.*, D., *ad leg. Falcid.* L. 179, D., *de reg. juris.* L. 5, D., *de manum. test.*
[6] L. 24, § 10, D., *de fideic. libert.*

[7] Voy. ce que je dis dans ma *Préface* de l'ensemble de leurs lois sur la contrainte personnelle.
[8] Mon comm. des *Hypothèq.*, t. 1, nº 2.
[9] Les art. 2017 et 2062, C. civ., font exception. Voy. l'art. 2063 qui justifie notre proposition, *infrà*, nºs 212 et 266. Le droit d'engager sa liberté était, au moyen âge, de droit commun, ainsi qu'on peut le voir dans notre *Préface*.
[10] *Junge* C. sarde, art. 2099, C. des Deux-Siciles,

6. Mais quelles sont ces raisons exceptionnelles qui font sortir le législateur de ses scrupules, et exigent que la liberté vienne répondre des engagements du débiteur?

D'abord, il faut faire une grande distinction entre les matières de commerce et les matières civiles. Laissons parler Montesquieu [1].

« Solon ordonna à Athènes qu'on n'obligerait plus le corps pour dettes civiles. Il tira » cette loi d'Égypte. Boccoris l'avait faite, et » Sésostris l'avait renouvelée [2].

« Cette loi est très-bonne pour les affaires » civiles ordinaires; mais nous avons raison de » ne pas l'observer dans celles du commerce; » car les négociants étant obligés de confier » de grandes sommes pour des temps souvent » fort courts, de les donner et de les reprendre, » il faut que le débiteur remplisse toujours au » temps fixé ses engagements; ce qui suppose » la contrainte par corps.

« Dans les affaires qui dérivent des contrats » civils ordinaires, la loi ne doit point donner » la contrainte par corps, parce qu'elle fait plus » de cas de la liberté d'un citoyen que de l'aisance d'un autre. Mais, dans les conventions » qui dérivent du commerce, la loi doit faire » plus de cas de l'aisance publique que de la » liberté d'un citoyen; ce qui n'empêche pas » les restrictions et les limitations que peuvent » demander l'humanité et la bonne police. »

Ces réflexions sont puissantes; elles expliquent pourquoi la contrainte par corps a lieu pour sanctionner les engagements commerciaux et maritimes [3]. La législation positive a donné sa consécration à la doctrine de Montesquieu. Quiconque s'engage commercialement engage sa liberté. Voilà le droit commun en matière de commerce. Nous reviendrons plus tard sur ce point pour l'expliquer et le fortifier [4], et nous ferons aussi connaître les cas d'exception qui en sont la modification [5].

7. Les matières civiles entraînent moins de rigueur. Montesquieu nous en a dit la raison. Mais, bien que la liberté soit ici la règle, le législateur a cependant jugé nécessaire de la faire fléchir dans quelques circonstances particulières, où la mauvaise foi insigne du débiteur, où la faveur de la créance et l'utilité publique mettent le privilége de la liberté au dessous du droit du créancier. Ces circonstances sont rares; elles sortent du droit commun, et doivent être sévèrement restreintes dans leurs limites; car la privation de la liberté est de droit étroit. Il faut se garder de l'étendre [6]. Nous allons passer tout à l'heure en revue ces cas spéciaux qui ont paru assez graves pour commander une exécution sur la personne.

8. Mais auparavant nous avons besoin de présenter quelques observations générales sur le caractère de la contrainte par corps.

La contrainte par corps est ignominieuse [7]. Celui qui manque à la parole donnée, et compromet sa liberté dans des engagements téméraires, n'est pas un bon père de famille; il mérite d'être noté. Si l'expropriation forcée est infamante [8], si celui qui se laisse déchoir de la condition de propriétaire est frappé d'une juste honte [9], combien à plus forte raison l'homme qui s'est mis sous la main de son créancier et s'est laissé déchoir des avantages de la liberté? Il ne peut plus espérer ni confiance ni crédit, à moins que, par une conduite honnête, par une vie laborieuse, par des preuves réitérées de probité, il ne rétablisse ses affaires et sa réputation.

9. Toutefois, la contrainte par corps n'est pas une peine dans le sens exact des mots. Elle n'est qu'une voie d'exécution [10].

Ce n'est pas que la pensée d'une expiation soit entièrement étrangère aux législations barbares qui livrent au créancier le débiteur insolvable comme une proie; car elles ne se bornent pas à permettre de l'exploiter pour tirer de son travail et de ses services tout ce qui peut venir en extinction de la dette; elles autorisent les tourments, les coups, les traitements infamants, la mort même; rigueurs qui seraient inexplicables si le débiteur insolvable n'était pas comparé à un coupable qui doit être châtié. C'est pourquoi nous voyons les constitutions des empereurs romains conserver dans leur langage un reflet de ces idées primitives, et qualifier par les expressions suivantes la contrainte personnelle : « *Congrua atque dignissima* SUPPLICIORUM ACERBITATE *coguntur* [11]. » Dans des temps plus modernes, Charles-Quint ordonnait que les débiteurs insolvables seraient punis comme des voleurs [12]. Il faut même reconnaître que, sous l'empire de législations imbues d'idées plus douces, la contrainte par

---

art. 1931. Code du grand-duché de Baden, tit. 16.

Il n'en est pas de même dans beaucoup de législations du Nord, et même en Angleterre, où la contrainte par corps a lieu pour toute dette.

[1] *Esprit des lois*, liv. 20, ch. 15.

[2] Voy. notre *Préface*, où se trouvent quelques détails à ce sujet.

[3] *Infrà*, art. 2070. Loi du 15 germinal an VI. Art. 625, 637, C. de comm. Loi du 17 avril 1832, article 1. M. Pardessus, t. 5, nos 1502 et suiv.

[4] Voy. nos 349 et 354, ainsi que notre *Préface*.

[5] Nos 380 et suiv.

[6] Peckius, *De jure sistendi*, c. 2, no 7.

[7] *Ib.*, c. 24, no 1.

[8] Mon comm. des *Hypothèques*, t. 3, no 828, d'après Loyseau.

[9] Bruni, *De cessione bonor.*, quæst. 1, no 3.

[10] M. Crivelli, dans l'ouvrage de M. Fœlix, soutient le contraire, ch. 3, p. 29. Ses raisons sont ingénieuses; mais elles ne m'ont pas convaincu.

[11] L. 1 C. Théod., *qui bonis ex lege Julia cedere possunt*.

[12] Buguyon, *De legib. abrog.*

corps, en tant qu'elle porte la main sur la liberté de l'homme, apparaît à l'esprit préoccupé de l'excellence de ce droit précieux comme n'étant pas entièrement dépouillée de tout caractère pénal, et comme étant odieuse au même titre qu'une peine véritable [1].

Toutefois la contrainte par corps, examinée en soi et d'après le but de la loi, n'est pas une peine; on n'entend pas punir personnellement le débiteur qui ne paye pas; on veut seulement l'obliger, par la contrainte exercée sur sa personne, à remplir ses obligations. En un mot, la contrainte par corps n'est qu'un moyen de coaction, une épreuve de solvabilité [2].

Cependant Bigot de Préameneu a appelé la contrainte par corps *le premier degré des peines nécessaires pour maintenir l'ordre public* [3]. Mais c'est plutôt une manière de parler, souvent familière aux jurisconsultes, qu'une définition du caractère de la contrainte par corps [4]. Bigot avait dit, une ligne auparavant, que la privation de la liberté est une répression qui ne doit durer que jusqu'à ce que le débiteur ait réparé sa faute *en payant sa dette*. Elle n'est donc qu'un moyen rigoureux de procurer l'exécution de l'engagement, le payement de la dette.

Il est vrai que l'insolvabilité du débiteur, quoique régulièrement constatée, ne suffit pas pour faire échapper le débiteur à l'emprisonnement; et, dès lors, il semble que l'obligation de payer se trouve convertie en une peine corporelle [5].

Mais il faut répondre, avec Faustin Hélie et Chauveau [6], que « si la preuve de l'insolvabilité ne suffit pas pour ouvrir au détenu » les portes de sa prison, c'est que la loi a voulu » soumettre cette insolvabilité à l'épreuve d'une » certaine détention. » Il n'y a, du reste, qu'à lire la loi du 17 avril 1832; à chaque ligne elle considère la contrainte par corps comme un moyen d'exécution, et non comme une peine; l'art. 37 est même explicite à cet égard; et c'est ainsi qu'elle a été envisagée dans un avis du conseil d'État du 15 novembre 1832, rendu au rapport de M. Vivien [7]. Une fois seulement, la loi de 1832 paraît traiter la contrainte par corps comme une peine [8]; mais elle ne s'empare de cette idée que pour adoucir la condition du débiteur et restreindre l'incarcération, de même que les criminalistes restreignent les peines odieuses.

10. Je viens de dire que la contrainte par corps est aussi odieuse que si elle comptait parmi les peines proprement dites. Il est constant, en effet, qu'elle a un caractère défavorable, et que le législateur est plutôt préoccupé du besoin de la restreindre que du besoin de l'étendre [9].

C'est pourquoi il s'est appliqué à la rendre temporaire [10]. Nous verrons plus tard par quels degrés il est arrivé à ce résultat depuis longtemps désiré par les jurisconsultes humains, mais souvent ajourné. Beaumanoir avait dit, au treizième siècle : « Ce serait contraire » cose à humanité qu'on laissât toujours corps » d'homme en prison pour dette, puisqu'on » voit que le créancier ne peut être payé par » la prison [11]. » La loi de 1832 a réalisé ce vœu après bien des siècles.

11. La contrainte par corps est ou facultative pour le juge, qui est maître de la prononcer suivant les circonstances; ou impérative, de telle sorte que lorsqu'elle est demandée le juge ne peut se refuser à la prononcer [12]. Il faut se reporter pour cette distinction au nº 184.

12. Lors de la discussion du Code civil, on se demanda si la matière de la contrainte par corps appartient au Code civil plutôt qu'au Code de procédure civile. Gary, orateur du tribunat, nous apprend que cette question fut aussitôt résolue que proposée [13].

« Il faut distinguer, dit-il, les dispositions » qui déterminent les cas dans lesquels la contrainte par corps peut être stipulée ou ordonnée, de celles qui règlent les formes de son » exécution.

« Les premières de ces dispositions appartiennent naturellement à la partie du Code » civil qui traite des conventions. C'est, en » effet, dans cette partie de la législation que » les citoyens doivent connaître les conditions » qu'ils peuvent s'imposer, les sûretés qu'il » leur est permis de prendre, celles même que » la loi, dans certains cas, supplée en leur » faveur. »

Cette explication est pleine de justesse. Le Code civil ne s'occupe pas ici du mode d'exécution des jugements emportant contrainte par corps. Il ne se préoccupe que des principes

---

[1] Mon comm. du *Cautionnement*, nº 114 et nº 169. *Infrà*, nº 144, et surtout nº 575.

[2] Conclus. de M. Parant, avocat général à la cour de cassation, arrêt du 25 janvier 1833. (Dall., 33, 1, 108).

[3] Fenet, t. 15, p. 160.

[4] Coquille sur Nivernais, ch. 32, art. 9, dépeint aussi la contrainte par corps avec des expressions qui lui donnent le caractère de peine : « En France » sont ordonnances qui commandent punir par corps » ceux qui par mal engin font banqueroute et faillite » (édit. d'Orléans, art. 152). La règle générale est » en France que le dol est *coercé* par prison et extraordinairement, etc. »

[5] *Infrà*, nº 641.

[6] Théorie du Code pénal, t. 1, p. 300 (édit. Wahlen, p. 152; édit. Meline, nº 441). *Infrà*, nº 641.

[7] Hélie et Chauveau le citent textuellement, *loc. cit.*, (p. 153, édit. Wahlen; édit. Meline, nº 442).

[8] *Infrà*, nº 575.

[9] *Infrà*, nº 535. Peckius, *De jure sistendi* c. 2. n 7.

[10] *Infrà*, 40, 43, 420, 429.

[11] Ch. 51, nº 7.

[12] *Infrà*, nºs 45 et 459.

[13] Fenet, t. 15, p. 173.

d'après lesquels la contrainte par corps peut être stipulée par les parties ou suppléée par la loi. Il fait connaître aux parties la limite jusqu'à laquelle la convention peut arriver quand il s'agit de la liberté individuelle, et celle qu'elle ne peut franchir. Il leur apprend dans quel cas la loi a veillé pour le créancier et établi en sa faveur des garanties de payement plus sûres et plus sévères. En un mot, le Code civil, tout en considérant la contrainte par corps comme un moyen d'exécution des obligations, l'envisage cependant en dehors des formes qui la mettent en action et procurent l'emprisonnement [1]. Il ne voit que le droit en vertu duquel elle appartient au créancier et frappe le débiteur. Sous ce rapport, cette matière est le complément du livre *des Obligations*; elle devait y trouver place.

13. La contrainte par corps se résout en une arrestation du débiteur et en un emprisonnement [2].

Notre *Préface* a fait connaître au lecteur les excès auxquels la rudesse des mœurs barbares l'a souvent conduite dans l'antiquité et dans le moyen âge. Nous renvoyons à ce tableau, qu'il faut avoir toujours présent à la pensée pour être moins exigeant envers les lois qui nous régissent aujourd'hui, et pour apprécier la douceur de notre civilisation.

On ne doit pas confondre l'arrestation et l'emprisonnement.

L'arrestation est l'empêchement, mis légalement et avec les formes consacrées, à ce que le débiteur quitte le lieu où il a été saisi. « *Arrestum*, dit Peckius, *significat impedi- » mentum aire interdictum, ne res aut persona » loco aut statu suo moveatur* [3]. » Le mot arrestation est purement français, et c'est à notre langue que le latin du droit moderne l'a emprunté [4].

L'emprisonnement est quelque chose de plus. C'est le dépôt de l'individu arrêté dans une prison publique [5] consacrée à la détention des débiteurs [6].

Les formes de l'arrestation et celles de l'emprisonnement sont tracées avec détail dans le Code de procédure civile [7]. Si ces formes ont été multipliées par le législateur, c'est à cause des précautions qui doivent être toujours prises quand il s'agit de la liberté. La loi sait que la privation de la liberté est une dure satisfaction! Elle ne veut pas que le créancier se joue à sa guise de ce moyen extrême; elle prévient les abus par les formes. Les esprits superficiels critiquent quelquefois les formes de la justice; il n'aperçoivent pas que, sans elles, les droits les plus précieux manqueraient de garanties.

Voici le sommaire des principales formalités par lesquelles la procédure d'emprisonnement doit être conduite. Nous ne voulons pas empiéter sur le domaine de la procédure; notre intention est seulement de donner un aperçu de l'ensemble de la matière.

D'abord il faut signifier au débiteur le jugement qui a prononcé la contrainte par corps, et lui faire commandement d'en payer les causes [8].

Ce n'est qu'un jour après cette signification que la contrainte par corps peut être mise à exécution [9].

14. Ce préalable rempli, il y a à observer des conditions de temps et des conditions de lieu.

En ce qui concerne le temps, on ne peut saisir le débiteur avant le lever et après le coucher du soleil [10]; quelques minutes avant le lever du soleil, quelques minutes après son coucher, suffiraient pour que l'arrestation ne fût pas faite dans le temps légal [11]. La nuit est un temps de trêve; le repos du citoyen doit être respecté.

15. On ne peut arrêter le débiteur les jours de fêtes légales. La justice vaque dans ces jours consacrés. Tout est suspendu, jugement, exécution [12]. Le débiteur prend part à ce repos; il profite du sommeil des affaires.

16. En ce qui concerne le lieu, le débiteur ne peut être arrêté dans les édifices consacrés au culte et pendant les exercices religieux. Les prières des fidèles ne doivent pas être troublées par l'éclat d'une arrestation.

17. On ne peut non plus arrêter le débiteur dans le lieu et pendant la tenue des séances des autorités constituées; par exemple, dans le lieu et pendant l'audience d'un juge de paix, d'un tribunal de commerce, d'un conseil de guerre, dans le lieu et pendant la séance d'un collége électoral [13], etc., etc. Les fonctions publiques auxquelles ces autorités sont occupées seraient interrompues d'une manière scandaleuse par la saisie du débiteur. Cette saisie n'est que dans l'intérêt unique du créancier; le service public est dans l'intérêt de tous, un intérêt privé n'en peut paralyser la marche [14].

---

[1] Art. 780, C. proc.
[2] Art. 788, C. proc.
[3] *De jure sistendi*, c. 1, nº 4.
[4] Peckius, *loc. cit.*
[5] Sur les prisons privées d'autrefois, voy. notre *Préface*.
[6] Art. 788, C. proc.
[7] Art. 780 et suiv.
[8] Art. 780.
[9] Art. 780.
[10] Peckius, c. 7, nº 2.
[11] Colmar, 16 thermidor an XIII; *Pasicrisie*, à sa date. Bruxelles, 1er mars 1815; Dall., t. 6, p. 435.
[12] Peckius, c. 7, nº 1.
[13] Coin-Delisle, p. 50, nºs 23, 24, 25 sur l'article 2069.
[14] Voy. *Infrà*, nºs 381 et 382, ce que je dis du garde national à son poste, de l'officier à la tête de

18. On ne peut saisir le débiteur dans une maison quelconque, auberge, boutique de restaurateur [1], etc., etc., et dépendances [2] : même dans son domicile, à moins qu'il n'en ait été ainsi ordonné par le juge de paix du lieu, lequel juge de paix, doit, dans ce cas, se transporter dans la maison avec l'officier ministériel. Le domicile est un asile tutélaire ; l'officier ministériel n'y saurait pénétrer qu'avec un ordre spécial du magistrat local, du juge de paix. Il faut de plus que le juge de paix soit présent à l'arrestation. La justice doit veiller elle-même sur ce grand acte de sévérité par lequel un citoyen va cesser d'être libre. Elle veut être assurée que l'arrestation n'est accompagnée d'aucune aggravation ni d'aucune injure [4], et que l'officier ministériel n'abuse pas de son pouvoir.

19. Du reste, ces règles ont été modifiées pour Paris par un décret du 14 mars 1808. L'arrestation s'y opère par des gardes du commerce [5], et le garde du commerce n'a besoin ni de l'autorisation d'un juge de paix, ni de l'assistance de ce magistrat pour arrêter le débiteur dans son propre domicile. Ce n'est que lorsque l'entrée lui en est refusée qu'il est tenu de se conformer à ce qui vient d'être dit.

20. Outre les obstacles que le temps et le lieu peuvent faire apporter, dans certaines circonstances, à l'exercice de la contrainte par corps, il en est un autre qui provient d'un ordre de la justice, en vertu duquel la contrainte par corps est momentanément suspendue ; je veux parler du sauf-conduit [6]. Lorsqu'il est nécessaire de recevoir le témoignage en justice d'un débiteur placé sous le coup de la contrainte par corps, l'autorité judiciaire compétente lui accorde un sauf-conduit. Si le témoin doit comparaître devant le juge d'instruction, c'est ce magistrat qui délivre le sauf-conduit; s'il doit comparaître devant un tribunal, soit civil, soit criminel, c'est du président qu'émane le sauf-conduit. Dans tous les cas, il ne peut être rendu que sur les conclusions du ministère public. Le sauf-conduit règle la durée de la suspension de la contrainte par corps à peine de nullité. Le débiteur qui en est muni ne peut être arrêté ni le jour de la comparution, ni pendant le temps nécessaire pour aller et pour revenir.

21. C'est, au surplus, une grave mesure que la défense, même momentanée et accidentelle, d'exécuter la contrainte par corps. Le législateur en autorisant l'usage du sauf-conduit n'a pas voulu qu'il dégénérât en abus. C'est pourquoi il a entendu réserver à certains magistrats déterminés le pouvoir de l'accorder [7].

De là un avis du conseil d'État du 30 avril 1807, approuvé le 30 mai suivant, qui a décidé que les juges de paix et les présidents des tribunaux de commerce n'ont pas qualité pour délivrer des sauf-conduits. D'une part, il n'y a pas de ministère public près de ces tribunaux, et nous avons dit que les conclusions du ministère public sont indispensables pour en délivrer un ; de l'autre, ils ne sont pas mentionnés dans l'article 782 du Code de procédure civile, qui organise la matière. Que faire donc lorsque le juge de paix et le tribunal de commerce doivent entendre un débiteur placé sous contrainte par corps? Il faut s'adresser au président du tribunal civil, qui, sur le vu du jugement qui ordonne l'enquête, et sur les conclusions du ministère public, délivre le sauf-conduit s'il y a lieu [8].

A la vérité, l'avis du conseil d'État dont nous venons de nous autoriser n'a pas été inséré au Bulletin des lois. Mais qu'importe? S'il n'a pas force de loi, il a force d'autorité! Comme raison écrite, il explique l'article 782 du Code de procédure civile par sa lettre et par son esprit [9].

22. Ce que nous avons dit du juge de paix et du président du tribunal de commerce s'applique au juge enquêteur commis pour procéder à une enquête civile.

23. Il y a certaines personnes qui jouissent d'un privilége que l'on a justement appelé du nom de sauf-conduit légal [10]; ce sont les pairs de France et les membres de la chambre des députés. D'après l'article 29 de la charte, les pairs ne peuvent être atteints par la contrainte par corps qu'avec une autorisation de la chambre à laquelle ils appartiennent ; les députés ne peuvent être arrêtés, d'après l'article 44 de la charte, pendant la session des chambres et dans les six semaines qui l'ont précédée ou suivie. Nous reviendrons sur ce sujet au n° 380, et nous grouperons autour de cette exception, accordée à des personnes privilégiées, la question plus générale de l'exemption des fonctions publiques.

---

sa troupe, du marin monté sur son bord, etc., etc.

[1] Paris, 25 juin 1827. *Gazette des Tribunaux*, n° 562. Carré, édit. Chauveau, n° 2648 *bis*, t. 6, p. 161.

[2] Lyon, 10 juin 1824 ; *Pasicrisie*, à sa date. Limoges, 27 mars 1828 ; ib.

[3] Art. 781, C. pr. c., 5°.

[4] Peckins, *De jure sistendi*, c. 24, n° 3.

[5] Art. 625, C. de comm. Pardessus, t. 5, n° 1514.

[6] Art. 782, C. proc.

Avis du conseil d'État du 30 avril 1807, approuvé le 30 mai suivant. Merlin, *Répert.*, v° *Sauf-conduit*. Coin-Delisle, p. 54, n° 43.

[7] Locré, t. 22, p. 495.

[8] Circul. du ministre de la justice du 8 septembre 1807 (S., 8. 2. 30).

[9] Nous verrons tout à l'heure, *infrà*, n° 37, que ceci n'est pas en contradiction avec les art. 472 et 473 du Code de commerce (466, 475 de l'ancien Code).

[10] Pardessus, t. 5, n° 1509. Carré, n° 2657. *Infra*, n° 380.

On sait, du reste, qu'il y a des personnes que leur âge et leur sexe exemptent de la contrainte par corps d'une manière absolue. Le lieu n'est pas de s'en occuper ici.

24. Maintenant reprenons le fil de la procédure au point où nous l'avons laissée, c'est-à-dire au commandement.

C'est un huissier qui est chargé de l'arrestation. A Paris il y a des gardes du commerce qui sont chargés exclusivement de l'exécution des jugements commerciaux emportant contrainte par corps [1]. Une arrestation faite en matière commerciale par un huissier serait nulle. Réciproquement, les gardes du commerce n'ont pas qualité pour faire exécuter par corps les jugements des tribunaux civils.

L'huissier doit être assisté de deux recors. En saisissant le débiteur, il doit lui faire un commandement itératif [2], et si le débiteur paye les causes de la saisie, l'huissier doit recevoir la somme [3]. De plus, le procès-verbal doit contenir de la part du créancier, une élection de domicile dans la commune où le débiteur sera détenu [4].

25. Si une année entière avait passé sur le premier commandement, il serait périmé; il faudrait en faire faire un nouveau par un huissier commis à cet effet [5].

26. Quand le débiteur refuse de suivre l'huissier, il peut y être contraint par la force armée dûment requise [6]; c'est un mépris de la justice qui ne doit pas rester victorieux: *Non licet prætorem contemnere* [7]. En attendant l'huissier peut établir garnison aux portes pour empêcher l'évasion. Dans le cas où le débiteur aurait résisté avec violence ou voie de fait, il pourrait être poursuivi conformément aux articles 210 et 211 du Code pénal [8].

27. Il vaut mieux pour lui qu'il obéisse avec docilité, puisque sa triste situation l'y oblige, ou qu'il examine si quelque moyen de droit ne vient pas à son secours pour paralyser l'arrestation. Dans ce dernier cas, la loi ne le laisse pas sans défense; elle lui permet de se faire conduire sur-le-champ devant le président, pour qu'il soit référé à ce magistrat de ses plaintes et griefs [9].

28. Si ses moyens échouent, il est conduit dans la prison du lieu; s'il n'y en a pas, dans celle du lieu le plus voisin. Il ne peut être enfermé que dans une prison affectée aux détenus pour dettes [10]. Autrement la détention est arbitraire, et l'huissier est passible des peines portées par les articles 114 et 122 du Code pénal [11]. Un prisonnier pour dettes ne peut pas être mis en charte privée. Quiconque aurait aidé et assisté l'huissier pour l'y conduire, l'y recevoir et l'y retenir, serait puni des mêmes peines.

Le débiteur ne doit pas non plus être indistinctement mêlé avec les accusés ou avec d'infâmes criminels; la culpabilité civile qui peut lui être reprochée n'a rien de commun avec celle des coupables qui se sont mis en hostilité avec les plus saintes lois de la morale et de l'humanité.

Enfin, il est d'autant plus nécessaire de ne pas détenir le débiteur dans des prisons autres que celles qui sont affectées aux détenus pour dettes, que sa position exige des traitements modérés, auxquels n'ont pas toujours droit les accusés et les condamnés; il doit pouvoir travailler, voir ses conseils, ses amis, ses parents, et recevoir leurs consulations et leurs secours [12].

29. Lorsque le débiteur entre dans la prison, il est dressé sur le registre de la geôle un procès-verbal qui charge le geôlier de la garde du prisonnier et décharge l'huissier. Ce procès-verbal se nomme écrou [13]. Il est dressé, soit

---

[1] Art. 625, C. comm. Décret du 14 mars 1818.

[2] L'huissier qui fait le commandement préalable à l'exercice de la contrainte par corps ne doit point être porteur d'un mandat spécial à l'effet de recevoir les sommes qui font l'objet du commandement, si cet article dit d'ailleurs que l'huissier est porteur des pièces. — Br.; 11 mars 1824. *J. de B.*, 1824, 2, 4.

Quand la contrainte par corps s'exerce *à la suite* d'un arrêt qui déclare tardif l'appel d'un jugement de première instance prononçant l'arrestation du condamné comme stellionataire, on ne doit point observer le délai d'un jour, prescrit par l'art. 780 du C. de proc., entre la signification de l'arrêt et l'exécution de la contrainte. — Br., 22 juillet 1819. *J. de B.*, 1819, 2, 256.

La contrainte par corps à exécuter en vertu d'un jugement par défaut est valable, bien que lors de sa signification l'acte d'acquiescement qui lui a imprimé la force de chose jugée n'ait pas été notifié. Br., 1er mars 1841. *J. de B.*, 1842, 2, 365.

[3] Carré, nº 1921.

[4] Art. 783.

[5] Art. 784.

[6] Art. 785, C. proc.

[7] Peckius, c. 23, nº 1.

[8] *Junge* l. 1, D., *de effract. et expil.*

[9] Art. 786, C. proc. *Infrà*, nº 552.

L'art. 22 de la loi du 17 avril 1832 se réfère à ceci. En matière de contrainte par corps pour dettes civiles, l'incarcération est consommée du moment que l'huissier a présenté dans la prison le débiteur au geôlier, et lui a remis le jugement de condamnation, et dès lors cesse le droit de demander à être conduit en référé; peu importe que les procès-verbaux d'écrou et d'arrestation ne fussent ni clôturés ni terminés, et que la transcription du jugement sur le registre de la geôle ne fût pas encore faite. Br., 1er mars 1841. *J. de B.*, 1842, 2, 365.

[10] Voy. ce que j'ai dit, dans ma *Préface*, de l'ancien usage des prisons privées.

[11] Sonquet, *Dict. des temps légaux*, vº *Charte privée*, 33e table, 5e col., nos 1 à 14. Faustin Hélie et Chauveau, *Théorie du Code pénal*, t. 1, p. 330 et 352, et t. 3, p. 331.

[12] Observ. de la cour de Lyon (Fenet, t. 15, p. 152).

[13] Merlin, *Répert.*, vº *Écrou*. Carré, nº 2686.

par le geôlier lui-même [1], soit par l'huissier [2].

L'écrou énonce le jugement, le nom et le domicile du créancier [3], l'élection de domicile s'il y a lieu, les nom, demeure et profession du débiteur; la consignation d'un mois d'aliments au moins; la mention de la copie qui sera laissée au débiteur, parlant à sa personne, tant du procès-verbal d'emprisonnement que de l'écrou. L'écrou doit être signé par l'huissier, et le geôlier doit transcrire sur son registre le jugement qui autorise l'arrestation [4]. C'est là le titre fondamental et la pièce essentielle. Si l'huissier ne représentait pas le jugement, le geôlier devrait se refuser à recevoir et à écrouer le débiteur [5].

30. Au milieu de toutes ces formalités de l'écrou, nous insisterons un moment sur celle qui touche à la mention de la consignation des aliments.

Le débiteur arrêté et emprisonné a droit à des traitements humains. La prison est un moyen de contrainte et non pas une peine, et c'est le cas de dire, avec Ulpien : « *Carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet* [6]. » Il ne faut donc pas que l'emprisonnement dégénère en torture et que le débiteur souffre la faim [7]. Le créancier doit pourvoir à sa subsistance par des moyens suffisants. La loi, en conséquence, l'oblige, ainsi que nous le verrons bientôt avec plus de détails [8], à consigner d'avance [9] une somme de 30 francs à Paris, et de 25 francs dans les provinces, pour chaque période de trente jours [10]. Pour plus de sûreté, il faut que chaque consignation soit complète; les consignations pour plus de trente jours ne sont valables qu'autant qu'elles sont d'une seconde ou de plusieurs périodes de trente jours [11].

31. Qu'on ne s'étonne pas si les aliments ont été mis à la charge du créancier [12]. Privé de la liberté, privé de ses moyens de travail, comment vivrait-il s'il devait pourvoir lui-même à son entretien [13]?

Toutefois, c'est seulement à titre d'avance que le créancier paye les aliments. Une action lui est assurée pour les recouvrer comme frais; ce n'est qu'autant que l'événement prouve l'entière insolvabilité du débiteur que le créancier est obligé de renoncer à un recours.

32. Une fois incarcéré, le débiteur peut être l'objet d'une recommandation de la part de tous ceux qui ont le droit d'exercer contre lui la contrainte par corps [14]; qu'il ait été arrêté pour dettes, qu'il ait été arrêté comme prévenu d'un délit, il n'importe! la recommandation a pour effet de le retenir, soit après que son élargissement a été prononcé, soit après qu'il a été acquitté [15]. La recommandation aboutit à une nouvelle contrainte par corps exercée par un autre créancier [16].

33. Aussi l'article 793 du Code de procédure civile exige-t-il que la recommandation soit faite avec les formes prescrites pour l'emprisonnement : commandement préalable, signification du jugement qui prononce la contrainte par corps, élection de domicile, procès-verbal d'emprisonnement, etc., etc. [17].

Seulement, comme le débiteur est matériellement saisi, l'huissier n'a pas besoin d'être assisté de recors [18].

34. De plus, le recommandant est dispensé de consigner les aliments s'ils ont été déjà consignés par le créancier précédent. La consignation faite par un créancier est censée commune à tous ceux qui viennent après lui pour mettre la main sur le débiteur ; tellement que le consignant ne peut retirer les aliments que d'accord avec le recommandant [19]. Tout ce qu'il peut faire, c'est d'obliger le recommandant à contribuer au payement des aliments par portions égales [20]. En effet, ceux qui ont intérêt à l'incarcération du débiteur et à la contrainte qu'il subit doivent nécessairement contribuer à sa nourriture.

35. Telles sont en somme les formalités prescrites par la sagesse du législateur pour con-

---

[1] Nancy, 2 août 1838 (Devill., 38, 2, 382). Toulouse, 1er septembre 1834, *Paricrsme*, à cette date.

[2] Art. 790, C. proc.

[3] Le procès verbal d'emprisonnement ne doit pas à peine de nullité contenir l'indication de la rue et du numéro où le débiteur a son domicile. — Br., 23 août 1823. *J. de B.*, 1823, 2, 203.

[4] Carré, no 2686.

[5] Art. 790, C. proc.

[6] L. 8, § 9, D., *de pœnis*.

[7] Bartole sur la loi I, § *Divus*, D., *ad senat. Syll.*

[8] *Infrà*, no 586.

[9] Art. 791, C. proc.

[10] Loi du 17 avril 1832, art. 28 et 29. La consignation était de 20 francs d'après la loi du 15 germinal an vi. *Infra*, nos 586 et suiv.

En Belgique le créancier qui successivement consigne d'avance des sommes de 20 francs pour chaque période de 30 jours satisfait à la loi. Gand, 23 février 1837. *J. de B.*, 1837, 2, 120. — La consignation de 20 francs, faite le 30 avril pour un mois d'aliments d'un détenu pour dettes, est insuffisante, alors même qu'en combinant les deux consignations précédentes faites le 3 mars et le 30 mars, il en résulte que les aliments ont été payés pour 90 jours, et comprennent par conséquent le 31e jour du mois de mai. Gand, 10 juin 1836. *J. de B.*, 1837, 2, 127.

[11] Même loi de 1832, art. 28. *Infra*, nos 586 et suiv. et 592

[12] Voy. la loi des Douze Tables dans notre *Préface*.

[13] Peckius, c. 28, no 5.

[14] *Ib.* c. 33, no 2. Ce droit, ainsi que nous l'apprend Peckius, a été contesté.

[15] Art. 792, C. proc.

[16] Voy. *infra*, nos 579, 607, 608.

[17] Pardessus, t. 5, no 1520. Carre sur l'art. 793.

[18] Art. 792, C. proc.

[19] Art. 791, C. proc.

[20] Art. 792, C. proc. Cassat., req., 18 août 1836, Devill., 36, 1, 710.

traindre un débiteur par la saisie de sa personne. Ces formalités sont quelquefois minutieuses; mais elles sont toujours protectrices, et la liberté s'en applaudit.

36. Si elles ne sont pas observées avec scrupule, le débiteur peut demander la nullité de l'emprisonnement. Son action se porte devant le tribunal du lieu où il est détenu [1].

37. S'il triomphe, et que le jugement déclare son emprisonnement nul, il ne peut être arrêté pour la même dette qu'un jour au moins après sa sortie [2].

38. Il est un moyen plus sûr d'assurer sa liberté, même lorsque la contrainte par corps a été légalement exercée : c'est de consigner entre les mains du geôlier de la prison les causes de son emprisonnement et les frais de capture [3]. La contrainte par corps n'est pas une peine; elle n'est qu'un moyen d'exécution. Elle cesse dès l'instant que le débiteur s'est exécuté [4].

Dans les matières qui ne sont pas commerciales, une faveur a été rétablie par la loi du 17 avril 1832. Le débiteur peut obtenir son élargissement en payant ou en consignant le tiers du principal de la dette et de ses accessoires, et en donnant pour le surplus une caution acceptée par le créancier, ou reçue par le tribunal civil dans le ressort duquel le débiteur est détenu [5].

La caution est tenue de s'obliger solidairement avec le débiteur à payer, dans un délai qui ne pourra excéder une année, les deux tiers qui resteront dus [6].

Si, à l'expiration du délai prescrit, le créancier n'est pas intégralement payé, il peut exercer de nouveau la contrainte par corps contre le débiteur principal, sans préjudice de ses droits contre la caution.

Dans les matières pénales, le condamné envers les particuliers ou envers l'État peut être mis en liberté en donnant une caution qui devra s'exécuter dans le mois [7].

39. La contrainte par corps cesse encore par la volonté du créancier et des recommandants [8].

Le consentement à la sortie du débiteur est donné soit devant notaire, soit sur le registre d'écrou [9].

40. Elle cesse par le bénéfice de cession [10], que nos vieux auteurs comparent à la prudence du castor, « *qui jette ses témoins aux chasseurs, sachant bien qu'on ne lui en veut que pour cela* [11]; » elle cesse également par la faillite [12].

Le bénéfice de cession a été introduit pour sauver un débiteur malheureux des rigueurs de la prison. Quand il abandonne tout son avoir à ses créanciers, que peuvent dire ces derniers? Et quant à la faillite, puisqu'elle produit un dessaisissement complet du débiteur au profit des créanciers, ceux-ci ayant tout l'actif entre leurs mains ne peuvent demander à la contrainte personnelle un payement désormais impossible par la nature des choses [13].

A côté de la cession de biens et de la faillite, on peut placer la mort civile comme cause de la cessation de la contrainte par corps [14].

41. Elle cesse encore lorsque le créancier ne consigne pas les aliments. Un tel oubli est un manquement d'humanité [15]. Si cependant le créancier en retard fait la consignation avant que le débiteur ait formé sa demande en élargissement, cette demande ne sera plus recevable [16].

Le débiteur élargi faute de consignation d'aliments ne peut plus être repris pour la même dette [17].

42. La contrainte par corps cesse si le débiteur a commencé sa 70e année, et si, dans ce dernier cas, il n'est pas stellionataire. Ceci s'applique aux matières commerciales aussi bien qu'aux matières civiles [18].

43. Elle cesse par l'expiration d'un certain laps de temps; car désormais la contrainte par corps est temporaire [19].

D'après la loi du 15 germinal an VI, le *maximum* de la durée de l'emprisonnement avait été fixé à cinq ans dans les matières civiles et dans les matières commerciales. On avait pensé que l'impossibilité où est le débiteur de se libérer était un motif pour ne pas faire durer indéfiniment son incarcération. Cinq années d'une si rude épreuve ne laissent aucun espoir de libération, et dès lors c'eût été donner à l'emprisonnement la couleur d'une peine que d'en prolonger la durée au delà de cette limite.

---

[1] Art. 794, C. proc.
[2] Art. 797, C. proc.
[3] Art. 798 et 802. Voy. *infra*, no 555. Explic. de l'art. 23 de la loi de 1832, relatif aux frais.
[4] Art. 800, C. proc.
[5] Art. 24. *Infrà*, nos 563 et 635.
[6] Art. 25.
[7] Art. 34 de la loi du 17 avril 1832.
[8] Art. 800, C. proc.
[9] Art. 801, C. proc.
[10] Art. 800, C. proc. *Infra*, nos 640 et 619. — Celui qui a obtenu la cession judiciaire, et qui n'a pas rempli les formalités qui lui ont été imposées en vertu de la loi, ne peut prétendre être affranchi de la contrainte par corps. Br., 9 mars 1837. *J. de B.*, 1839. 2. 209.
[11] Peleus. *Act. for.*, 8. 1.
[12] *Infrà*, no 383.
[13] *Infra*, no 383.
[14] *Infra*. no 384.
[15] Art. 803, C. proc. *Infrà*, nos 590 et 595.
[16] *Id. Infrà*, nos 590, 596.
[17] Art. 31 de la loi du 17 avril 1832. *Contrà*, article 804, C. proc.
[18] Loi du 17 avril 1832, art. 6. Auparavant il en était autrement. Cass., 10 juin 1807, et concl. de Merlin (*Rép.*, vo *Contr. par corps. Infrà*, nos 409 et 427).
[19] *Supra*, no 10, et *infra*, nos 420, 429.

Ni le Code de procédure civile ni le Code civil n'ont répété cette disposition de la loi du 15 germinal an VI. Par cela même, ils ont voulu l'écarter, au moins en ce qui concerne les matières civiles, objet plus spécial de leurs prévisions [1]. De telle sorte que, par le droit du Code civil, trop peu humain en cette partie [2], quel que soit le laps de temps, le débiteur ne peut être élargi que lorsqu'il a commencé sa 70e année [3]; et encore le bénéfice de l'âge ne lui profite-t-il qu'autant qu'il n'est pas stellionataire [4].

En matière de commerce, il en était autrement, car l'article 2070 du Code civil maintient la loi du 15 germinal an VI dans tout ce qui a trait aux intérêts commerciaux. Or, dans les matières de commerce, la loi du 15 germinal an VI avait deux dispositions capitales : l'une, que les septuagénaires n'étaient pas exempts de la contrainte par corps [5]; l'autre, que la contrainte par corps ne pouvait s'étendre au delà de cinq ans.

Il s'ensuit donc qu'à la différence du droit civil qui laissait à la contrainte par corps une durée illimitée, sauf le cas où le débiteur atteignait soixante et dix ans, le droit commercial avait conservé la limite de cinq ans établie par la loi du 15 germinal an VI [6].

C'était là une étrange bigarrure. Pourquoi la loi civile était-elle plus sévère que la loi commerciale? Par quel motif raisonnable était-ce pour les matières civiles que les plus grandes sévérités avaient été réservées?

La loi du 17 avril 1832 a fait cesser cette inexplicable bizarrerie.

En voici l'aperçu : nous y reviendrons plus tard avec plus de détail.

44. En matière de commerce, l'emprisonnement cesse de plein droit après une année pour une somme moindre de 500 francs;

Après deux, trois, quatre ans, pour moins de 1,000, 3,000, 5,000;

Après cinq ans pour 5,000 et au-dessus [7].

45. En matière civile, l'emprisonnement sera fixé par le jugement de condamnation de un à dix ans; mais s'il s'agit de fermages de biens ruraux, aux cas prévus par l'article 2060 du Code civil, ou de l'exécution des condamnations intervenues dans le cas où la contrainte par corps n'est pas obligée et où la loi attribue seulement aux juges la faculté de la prononcer, la durée de l'emprisonnement sera d'un an au moins et de cinq au plus [8]. Toujours, du reste, le jugement doit fixer d'une manière formelle la durée de l'emprisonnement; sans quoi il y a ouverture à cassation. Vainement dirait-on que le silence du juge donne au condamné le privilége du *minimum* [9]. La loi est précise; elle veut une fixation de durée; cette durée ne saurait se tirer d'inductions et de raisonnements plus ou moins plausibles [10].

46. Lorsqu'il s'agit d'une dette de deniers et d'effets mobiliers publics, la contrainte par corps est aussi fixée par le jugement de condamnation dans la limite d'un an au moins et de dix ans au plus [11].

47. Quant aux matières pénales, il y a quelques précédents à rappeler et quelques distinctions à faire.

Le Code pénal a reproduit le principe plus ancien de la contrainte par corps pour l'exécution des condamnations pécuniaires [12]. Il est encore, sous ce rapport, la base du droit actuel, même depuis la loi du 17 avril 1832.

Le Code pénal avait apporté certaines limites à la durée de ce moyen de contrainte. Ce n'était cependant que l'action de l'État qu'il avait entendu gêner par ces entraves. Toutes les fois que le condamné pouvait justifier de son insolvabilité, il obtenait son élargissement après un an si la condamnation avait eu lieu pour crime, et après six mois si elle avait eu lieu pour délit correctionnel. Dans le cas où la condamnation avait eu lieu pour faits de simple police, le délinquant qui prouvait son insolvabilité ne pouvait être détenu plus de quinze jours [13].

Que si le condamné était solvable, il restait sous l'empire du droit commun; son incarcération durait indéfiniment, conformément aux règles dont nous avons donné l'exposé au n° 43.

Ainsi, d'après le Code pénal, le seul tempérament à la rigueur de la contrainte par corps

[1] *Infrà*, n° 420.

[2] Voy. *suprà*, n° 10, le passage de Beaumanoir.

[3] Carré, n° 2737.

[4] *Infrà*, n° 79.

[5] Jugé, conformément à cette proposition, que les septuagénaires ne sont pas affranchis de la contrainte par corps en matière commerciale. Br., 4 juin 1834. Liége, 10 février 1831 (*Arr. not.*, 12, 1, 481).

[6] *Infrà*, n° 420. Jugé que le Code de procédure civile n'a pas dérogé à ce principe établi pour les matières commerciales. Br. 30 déc. 1835, et 12 août 1825. *J. de B.*, 1836, 2. 151; 1825, 2, 195.

L'art. 18, tit. 3 de la loi du 15 germ. an VI ayant continué d'être applicable à l'exercice de la contrainte par corps, pour les cas qui n'ont pu faire l'objet du titre 15, liv. 5 du C. de proc., relatif à la contrainte par corps pour dettes purement civiles, il suit de là que cet article, aux termes duquel toute personne légalement incarcérée obtiendra de plein droit son élargissement par le laps de cinq années consécutives de détention, s'applique aux débiteurs du trésor emprisonnés en vertu de lois fiscales. — Cass. France, 31 mars 1829, *Posterine*, à cette date.

[7] Art. 5. *Infra*, n° 416.

[8] Art. 7. *Infrà*, n° 439.

[9] Nîmes, août 1838 (Devill., 39, 2, 100). (Paris, 9 juin 1836 (Devill., 36, 2. 330).

[10] Cass., 12 novembre 1838 (Devill., 39, 1, 147). *Infra*, n° 442.

[11] Art. 13 de la même loi.

[12] Art. 52, C. proc. Voy. Faustin Hélie et Chauveau (t. 1, p. 285), et leur historique des précédents. *Infra*, n° 615. Loi du 17 avril 1832.

[13] Art. 467, 469, C. pen. *Infra*, n°s 619 et 642.

se tirait de l'insolvabilité constatée. Point d'insolvabilité, point de cessation de la contrainte par corps.

Quant à la partie civile, le droit était plus rigoureux. L'insolvabilité n'était pas un motif d'élargissement. Il fallait subir la contrainte par corps jusqu'à parfait payement. Les principes du Code civil dominaient dans toute leur force et sans exception [1]; ils dominaient même sans la limite prescrite par l'article 2065 du Code civil [2].

Cet état de choses a paru trop dur au législateur de 1832; il a voulu y porter remède. Nous verrons plus tard, avec plus de détails, comment il a procédé; il suffit ici de jeter un coup d'œil sur ses dispositions.

48. En ce qui concerne la partie civile, la durée de la contrainte par corps doit toujours être fixée par le jugement de condamnation. S'agit-il de moins de 300 francs, la durée de l'emprisonnement variera de six mois à cinq ans [3]. S'agit-il de 300 francs et au-dessus, il variera de un à dix ans.

49. De plus, le débiteur peut obtenir son élargissement en fournissant caution [4].

50. Ce n'est pas tout; et si la dette est inférieure à 300 francs, le débiteur qui justifie de son insolvabilité obtient son élargissement après quinze jours de contrainte lorsque la condamnation n'excède pas 15 francs; après un mois lorsqu'elle s'élève de 15 à 50 francs; après deux mois lorsqu'elle s'élève de 50 à 100 fr.; après quatre mois, lorsqu'elle n'excède pas 100 francs [5].

Dans ces différents cas, l'insolvabilité fait cesser la contrainte par corps encore bien que le jugement de condamnation en ait fixé la durée à un plus long temps. L'insolvabilité paralyse l'effet du jugement après les délais d'épreuve que nous venons de rappeler et qui sont calculés sur l'importance de la dette.

51. Toutefois, si plus tard il survient au condamné des moyens de s'acquitter, la contrainte par corps peut venir le saisir une seconde fois; mais cette seconde fois est la dernière [6].

52. L'insolvabilité du débiteur n'est cependant une cause d'élargissement que lorsque la dette est inférieure à 300 francs. Si elle est de 300 francs ou plus, le débiteur doit subir la prison jusqu'à l'expiration du temps fixé par le jugement. On ne tient plus compte de son insolvabilité [7].

53. On ne lui permet même pas d'obtenir son élargissement sous caution, comme lorsque la dette est inférieure à 300 francs [8].

54. Voilà ce qui concerne la partie civile. Voyons ce qui a trait à l'État.

Nous verrons plus tard que la loi a laissé subsister de nombreuses différences entre l'État et la partie civile [9]. Nous ne voulons pas les signaler ici. Nous nous contenterons de faire ressortir une anomalie qui existe entre les condamnations au profit de l'État de sommes inférieures à 300 francs, et celles qui comprennent des sommes égales ou supérieures à 300 francs.

A l'égard des sommes inférieures à 300 fr., le jugement n'a pas à fixer la durée de la contrainte par corps [10], comme il doit le faire lorsque le condamné est placé en face de la partie civile. Le deuxième § de l'article 39 ne concerne que ce dernier cas. Il n'est pas applicable à l'État [11].

Mais si la condamnation porte sur des sommes égales ou supérieures à 300 francs, l'arrêt de condamnation doit fixer la durée de l'emprisonnement [12]. Telle est la disposition de l'article 40 de la loi du 17 avril 1832. Le *minimum* est d'un an, et le *maximum* est de dix ans [13].

55. Les demandes en élargissement sont portées au tribunal dans le ressort duquel le débiteur est détenu. Elles sont formées à bref délai, au domicile élu par l'écrou, en vertu de la permission du juge, sur requête présentée à cet effet. Elles sont communiquées au ministère public, et jugées, sans instruction, à la première audience, préférablement à toutes autres causes, sans remise ni tour de rôle [14].

Quant aux demandes d'élargissement fondées sur le défaut de consignation d'aliments, l'article 30 de la loi du 17 avril 1832 a établi une procédure spéciale dont nous parlerons aux numéros 396 et suivants.

56. Il y a certaines mesures de contrainte qu'une observation superficielle est quelquefois portée à confondre avec la contrainte par corps, mais qu'une exacte analyse sait en séparer.

Par exemple, on n'envisagera pas comme contrainte par corps le dépôt du failli dans la

---

[1] *Infrà*, nº 617. Faustin Hélie et Chauveau, t. 1, p. 280.

[2] *Infrà*, nºs 617 et 289.

[3] Art. 39. *Infrà*, nºs 662 et suiv., 669.

[4] *Suprà*, nº 38. Hélie et Chauveau, *loc. cit.*

[5] Art. 35. Hélie et Chauveau, p. 287 et 289. Parant, conclus. à la cour de cassation; Dall., 35, 1, 108.

[6] Art. 36.

[7] Parant, *loc. cit. Infrà*, nº 669.

[8] *Infra*, nº 665

[9] *Infrà*, nº 662 et suiv. Pour la Belgique, voir dans la *Pasinomie*, année 1834, p. 355, une instruction ministérielle en date du 9 août de cette année sur le mode de mettre à exécution la contrainte par corps pour amendes et frais de justice.

[10] Souquet, vº *Contrainte par corps*.

[11] Cass., 24 janvier 1835 (Dall., 35, 1, 107). 20 mars 1835 (Dall., 35, 1, 255). *Infrà*, nº 670.

[12] Cass., autre arrêt du 20 mars 1835 (Dall., 35, 1, 253, 254). 12 juin 1835 (Dall., 35, 1, 359). 18 octobre 1835 (Dall., 35, 1, 448).

[13] Arrêt précité du 1er octobre 1835. Art. 40 et 7 de la loi du 17 avril 1832.

[14] Art. 805, C. proc.

maison d'arrêt pour dettes ordonné par l'article 455 du Code de commerce. Je sais que quelquefois on a parlé du dépôt du failli et de la contrainte par corps comme de mesures identiques [1]; mais une telle assimilation manque d'exactitude. Le dépôt du failli est une mesure provisoire de sûreté, établie tant dans l'intérêt de la vindicte publique que dans l'intérêt des créanciers, afin que le failli n'échappe pas aux poursuites de la justice, qu'on puisse surveiller sa personne et ses actions, et qu'il ne fasse pas disparaître par sa fuite les preuves de fraude, de délit, d'obligations, de rapports utiles à saisir. Écoutons, d'ailleurs, un arrêt de la cour royale de Nancy, du 30 août 1833, rendu sous ma présidence :

« Considérant que le dépôt du failli dans la » maison d'arrêt pour dettes ordonné par l'article 455 du Code de commerce ne saurait » être assimilé à la contrainte par corps; que » cet article 455 évite avec soin de prononcer » le mot de contrainte par corps; qu'il autorise » à remplacer le dépôt dans la maison d'arrêt » par la garde de la personne du failli par un » officier de police ou de justice, ou par un » gendarme; mesure d'arrestation qui n'a rien » de commun avec la contrainte par corps; » qu'en se reportant, en outre, aux discussions » du conseil d'État qui ont amené l'article 455, » on voit que l'intention du législateur a été de » placer une ligne de démarcation tranchée » entre la détention provisoire du failli et la » contrainte par corps;

» Considérant que ceci étant admis, il en » résulte qu'on ne peut appliquer à la procé» dure suivie contre Gandard les dispositions » des articles 780 et suivants du Code de pro» cédure civile, et que les moyens de nullité » de forme invoqués par la partie de Fabvier » ne sont pas fondés;

» Qu'en ce qui concerne le défaut d'aliments » dont elle se plaint, les syndics ont satisfait » aux devoirs de la loi et de l'humanité en con» signant avant l'expiration du renvoi, une » somme de 25 francs; et que, du moment » qu'il est établi que la cause doit être exami» née d'un point de vue autre que celui de la » contrainte par corps, la partie de Fabvier ne » peut argumenter de l'article 803 du Code de » procédure civile pour critiquer le supplément » d'aliments qui a été fourni après sa demande » en élargissement; qu'il suffit qu'elle n'ait pas » manqué un seul jour des aliments nécessaires » à sa subsistance;

» Considérant que les syndics ont eu qualité » pour s'opposer à la mise en liberté de Gan» dard à l'expiration de sa peine, et cela dans » le but de procurer l'exécution du jugement » du 8 mai 1831;

» Qu'il n'est pas exact de soutenir que le » ministère public ait seul le pouvoir de requé» rir les mesures nécessaires pour faire opérer » l'arrestation provisoire du failli; que le juge» ment qui prescrit cette arrestation est rendu » dans un double intérêt, celui du ministère » public et celui des créanciers; que ces deux » intérêts placés à côté l'un de l'autre ont droit » de pourvoir, chacun en droit soi, à leur con» servation; que si le ministère public, satis» fait par une condamnation correctionnelle, a » cru ne devoir pas agir en première instance, » les créanciers ont pu prendre l'initiative des » poursuites et épuiser leur action;

» Considérant que l'obstacle opposé par eux » à la mise en liberté de Gandard a été inexac» tement qualifié de recommandation; que ce » n'est qu'une mesure momentanée pour em» pêcher Gandard de recouvrer sa liberté con» trairement au jugement du 8 mai 1831 qui » ordonne son arrestation provisoire; que cette » mesure n'a pas pour objet de retenir défini» tivement la partie de Fabvier dans la prison » de Saint-Michel, mais qu'elle constitue un » simple préliminaire indispensable pour arri» ver à sa translation dans la maison d'arrêt » pour dettes de Verdun, où le jugement pré» cité dit qu'il sera déposé;

» Sur les réquisitions prises à l'audience par » le ministère public;

» Considérant que ce qui vient d'être statué » par la cour les rend désormais sans objet;

» En ce qui touche les dépens;

» Considérant, etc.;

» Par ces motifs,

» La cour met l'appellation au néant avec » amende et dépens [2]. »

57. Si cette doctrine avait besoin de confirmation, on pourrait l'étayer d'un autre argument. Nous avons vu, au nº 21, que les juges commerciaux ne sont pas compétents pour délivrer un sauf-conduit à l'individu frappé de contrainte par corps. Eh bien! le dépôt du failli est si peu une contrainte par corps que les art. 472 et 473 du Code de commerce autorisent le tribunal de commerce à accorder un sauf-conduit provisoire au failli dont le dépôt a été ordonné d'après l'art. 455.

58. Il ne faut pas non plus confondre avec la contrainte par corps l'emploi de la force militaire, nécessaire quelquefois pour procurer l'exécution des jugements. On verra au nº 258 la portée de cette observation.

59. Après ces notions générales sur la nature, l'exécution, la durée et la cessation de la contrainte par corps, il est temps d'arriver au détail des cas dans lesquels la loi civile admet cette voie d'exécution.

§ 1er. Le premier est le stellionat [3].

---

[1] Pardessus, t. 5, nº 1514.
[2] Cet arrêt est inédit.

[3] Art. 2059, 2066, 2136. Sooquet, vº *Contrainte par corps*. C. des Deux-Siciles, art. 1931. C. sarde,

60. Il y a un lézard venimeux que les Romains appelaient *stellio* [1] à cause des points étoilés dont sa peau est mouchetée [2]. Les jurisconsultes, comparant la fraude au venin de cet animal et à la variété changeante de ses couleurs [3], appelèrent stellionataires ceux qui, par de subtiles et insaisissables manœuvres, surprenaient la foi d'autrui. Toute fraude et toute imposture qui n'avait pas un nom particulier et ne tombait pas en crime caractérisé et défini prenait le nom de stellionat [4]. Ulpien a signalé quelques cas qui présentent surtout [5] le caractère du stellionat :

Si quelqu'un vend ou cède à autrui une chose engagée à un créancier, en dissimulant le droit de ce dernier : *dissimulata obligationa* [6];

S'il hypothèque [7] avec la même dissimulation ;

S'il donne de l'argent pour de l'or [8];

S'il soustrait, s'il détourne ou corrompt des marchandises ou effets obligés envers d'autres [9];

S'il ourdit des impostures, ou s'il collude pour perdre autrui ou lui porter préjudice [10].

Le stellionat n'était pas envisagé comme simple fraude ; il était un véritable crime ou délit extraordinaire. A la vérité, la loi ne prononçait aucune peine contre le stellionat ; mais de ce qu'il n'y avait pas de peine légitime pour le punir il ne s'ensuit pas qu'il restât impuni ; le juge avait le droit de le punir extraordinairement, pourvu que la peine n'excédât pas la condamnation aux métaux si le délinquant était plébéien, ou la relegation à temps s'il était élevé aux honneurs [11]. La condamnation pour stellionat était même infamante suivant les cas. C'est ce que Cujas a fort bien établi [12] en conciliant deux textes d'Ulpien qui semblent se contredire et qui ont été le tourment des interprètes [13].

61. Dans notre ancienne jurisprudence, le stellionat donnait également lieu à l'application de peines sévères, l'amende, le bannissement, le fouet, l'amende honorable [14]; car le stellionat est un acte qui, dit Brodeau [15], « trouble la société civile et le commerce des contrats qui dépendent du droit des gens. » Toutefois, on ne recourait à ces rigueurs que lorsque le dol et l'imposture avaient été portés à un haut degré d'audace et de perversité [16]. Mais le stellionataire était toujours contraignable par corps [17].

62. Aujourd'hui le stellionat ne saurait jamais donner lieu à des poursuites criminelles ou correctionnelles [18]; c'est un délit purement civil; seulement la contrainte par corps est toujours attachée aux restitutions qui en sont la suite.

C'est pourquoi notre article a cru utile de donner une définition du stellionat qui soit de nature à prévenir les décisions arbitraires et les mesures compromettantes pour la liberté. « Il y a stellionat, dit-il, lorsqu'on vend ou » qu'on hypothèque un immeuble dont on sait » n'être pas propriétaire ;

» Lorsqu'on présente comme libres des biens » hypothéqués, ou que l'on déclare des hypo» thèques moindres que celles dont ces biens » sont chargés [19]. »

Il suit de là que, dans tous les autres cas où le droit romain voyait un stellionat caractérisé, le Code civil n'aperçoit qu'un dol ordinaire. Il a réservé la dénomination de stellionat aux cas qui, dans l'usage, avaient été le plus généralement reconnus comme signalant ce genre de fraude [20].

Partant de cette idée, nous ne donnons pas le nom de stellionataire et nous n'infligeons pas la peine du stellionat à l'épouse qui, avec l'autorisation de son mari, vend ou hypothèque son bien dotal, laissant croire qu'il est disponible entre ses mains. En effet, dans une telle hypothèse il n'y a pas vente de la chose d'autrui; il n'y a pas hypothèque d'immeubles dont on sait n'être pas propriétaire; il n'y a pas présentation comme libres de biens hypothéqués [21]. Sans doute, les époux sont coupables

---

art. 2000. C. du canton de Vaud, art. 1542.

[1] Columelle, lib. 9, c. 7. *venenatus stellio.*

[2] Brisson. *De verb. signif.*, v° *Stellionatus.* Cujas. 10. *observat.* 26.

[3] Cujas sur la loi 16, 1. D., *de pign. act.* (lib 29 Pauli. *Ad edict.*).

[4] Ulp., l. 3, § 1, D., *stellionatus.* L. 7, § 1, D., *ad J. C. Turpill.* Cujas. *loc. cit.* Saumaise. *De modo usuror.*, c. 14. p. 587.

[5] *Maxime* : l. 3, § 1, D., *stell.*

[6] L. 3, § 1, D., *stell.*

[7] L. 4, C., *de crimine stellionat.* L. 16, § 1, D., *de pignerat. act.* L. 36, D., *de pignerat.* L. 9, § 1, D., *de statu liber.*

[8] L. 36, D., *de pignerat. act.*

[9] L. 3, § 1, D., *stellionat.*

[10] L. 3, § 1, D., *stellionat.*

[11] Voy. Perezius sur le Code *de crimine stellionat.*, n° 3.

[12] 10. *observat.* 28.

[13] L. 1, D., *stellionat.* L. 13, § 1, D., *qui not. infamia.*

[14] Brillon, v° *Stellionat.* Merlin, *Repert.*, v° *Stellionat.*

[15] Sur Louet, lettre S, som. 18, n° 3.

[16] Merlin, *Repert.*, v° *Stellionat.*, n° 3.

[17] Brodeau sur Louet, lettre S, som. 18, n° 5.

[18] Merlin, *Repert.*, Voy. *Escroquerie*, n° 8, et *Stellionat.*

[19] *Junge* art. 2136, et mon comm. des *Hypothèques*, t. 2, n° 633. Il y a stellionat dans le fait de celui qui hypothèque des biens qu'il sait ne pas exister, comme dans le fait de celui qui hypothèque des biens dont il sait n'être pas propriétaire. Br., 4 juillet 1829. *J. de B.* 1829, 2, 199; *J. du XIXe s.*, 1830, 3, 114. *Arr. not.* 11, 2, 146.

[20] Bigot, *Exposé des motifs.* Fenet, t. 15, p. 161.

[21] Paris, 14 février 1829; Dall., 29, 2, 77.

de fraude; mais toute fraude ne tombe pas en stellionat. On ne peut donner ce nom qu'à celle qui rentre dans les définitions précises de notre article.

C'est pourquoi, encore, l'acheteur par acte sous seing privé non enregistré ne peut pas poursuivre comme stellionataire le vendeur qui a ensuite revendu à un autre par acte authentique [1]. Lorsque la vente lui a été faite, en effet, le vendeur était réellement et effectivement propriétaire; il ne lui a pas vendu la chose d'autrui.

63. Pour que la dénomination de stellionat appartienne à l'acte défini par notre article, il faut que la mauvaise foi l'ait dirigé ou accompagné [2]. Car, par exemple, si le vendeur avait ignoré qu'il était sans droit sur la chose vendue, ou si le débiteur avait erré de bonne foi sur l'importance des hypothèques déclarées, il ne serait pas stellionataire. Point de stellionat sans dissimulation ou imposture (*dissimulata obligatione*) [3]. Il faut que la fausse déclaration ait été faite *sciens prudensque* [4].

Ainsi : un mari qui aurait déclaré un de ses immeubles franc et libre parce que l'hypothèque de sa femme avait subi une réduction ne serait pas considéré comme stellionataire, bien que plus tard cet immeuble fût atteint par l'hypothèque légale de l'épouse par suite de l'annulation de cette réduction.

Et c'est en conformité de ce principe que la cour de cassation [5] a écarté le caractère de stellionat dans une espèce où le mari avait cru de bonne foi à l'anéantissement de l'hypothèque légale de sa femme par l'effet du consentement de celle-ci; et cela, quoiqu'à une époque postérieure ce consentement ait été annulé pour avoir été donné en minorité.

64. Il faut convenir cependant que le mari qui vend ou hypothèque sa propre chose est rarement de bonne foi quand il la présente comme franche et libre [6]. Quel est le mari qui ignore que sa femme a une hypothèque légale sur tous ses biens?

Toutefois, il ne faut pas dire, avec quelques arrêts [7], que l'exception de bonne foi n'est jamais admissible dans le cas de l'article 2136 du Code civil. Nous avons vu, au n° précédent, le contraire résulter de la force des choses et de la qualité des faits [8]. L'essence du stellionat résiste à ce qu'on le considère comme compatible avec la bonne foi : « *Quantum ad* » *crimen stellionatus*, dit Paul, *excusat ignorantia* [9]; » et bien qu'ici la bonne foi soit rare, il n'est cependant pas impossible de la rencontrer.

65. Mais que dirons-nous du cas où la déclaration de franchise, faite par celui qui vend ou hypothèque sa chose, n'a pas induit en erreur l'acheteur ou le créancier, qui ont bien connu la vérité?

Un arrêt de la cour royale de Bordeaux du 9 juillet 1830 a exonéré, en pareil cas, le débiteur convaincu d'une déclaration inexacte [10].

Un villageois avait vendu un immeuble, le déclarant libre de toute hypothèque. Dans la réalité, cet immeuble était grevé de l'hypothèque de l'épouse du vendeur. Mais il est à remarquer que ce dernier avait eu la précaution de faire comparaître sa femme à l'acte, de telle sorte que l'acheteur n'avait pu raisonnablement ignorer l'existence de l'hypothèque légale.

Poursuivi comme stellionataire, le vendeur fut favorablement traité par la cour de Bordeaux. L'arrêt relève d'abord la qualité de villageois illettré; il insiste ensuite sur la présence de l'épouse à l'acte, ce qui excluait de la part du vendeur toute idée de mauvaise foi; enfin, il constate que l'acquéreur n'avait rien ignoré, et qu'il était même constant que, par des actes ultérieurs, il avait témoigné de la connaissance qu'il avait de l'hypothèque légale.

66. Cette décision est d'accord avec les lois romaines. Paul se demande, au livre 29 de son commentaire de l'Édit [11], si le créancier peut se plaindre de stellionat lorsqu'il a reçu la chose connaissant la charge qui pesait sur elle, ou le droit d'autrui dont elle était affectée : et il décide la négative : « *Sed si sciens creditor* » *accipiat, vel alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrarium et non competit.* » En effet, on ne trompe que celui qui est dans l'ignorance; le créancier qui connaît l'état des choses et contracte néanmoins dans cette situation est plutôt trompé par lui-même que par autrui [12].

---

[1] Toulouse, 7 juillet 1831; D., 33. 2, 24.

[2] Argum. de la loi 3. § 1, D., *stellionat.* Merlin, *Répert.*, v° *Vente*, § 2, n° 9.

[3] L. 3, § 1, D., *stellionat*. L. 16, § 1, D., *de pignerat. act.*

[4] Ulp., l. 36, D., *de pignerat. act.*

[5] 21 février 1827; Dall., 27. 1, 144; *Pasicrisie*, à sa date. Mon comm. des *Hypothèques*, t. 2, n° 633.

[6] Cass., 25 juin 1817. *Pasicrisie*, à sa date. 20 novembre 1826, *ib.* Poitiers, 29 décembre 1830 (Dall. 31, 2, 34). Bordeaux, 15 mars 1833 (Devill., 33, 2, 36). Paris, 27 novembre 1835 (Devill., 39, 2, 361) (Dall., 36, 2, 80). — Le mari qui, lors de la vente d'un de ses immeubles grevé de l'hypothèque non inscrite de sa femme, le déclare franc de toute hypothèque, doit par cela seul être réputé stellionataire, sans qu'il puisse faire valoir l'excuse qu'il a été de bonne foi dans sa déclaration. Br., 20 nov. 1826. *J. de B.*, 1827, 2, 286.

[7] Paris (précité).

[8] Voy. mon comm. des *Hypothèques*, t. 2, n° 633, et les notes.

[9] L. 16, § 1; D., *de pignerat. act.* Voy. Cujas, lib. 29, Pauli *ad edict.*; il dit très-bien : « *In ignorantem crimen non cadit.* »

[10] *Pasicrisie*, à cette date.

[11] L. 16. § 1. D., *de pignerat. act.*

[12] *Scienti dolus non infertur.*, dit D. Godefroy sur ce texte.

Junge la loi 26, D., *de rei vindicat.* Paul y pose la

67. Au surplus, les tribunaux doivent apporter dans l'appréciation des faits leur sagacité et leur discernement habituels. Ils rechercheront surtout si l'allégation de franchise n'a pas été accompagnée de circonstances qui ont modifié l'idée primitive qu'avait le créancier que la chose était hypothéquée ; ou si, au contraire, le créancier n'a pas continué à rester dans sa conviction malgré des déclarations irréfléchies ou des clauses de style.

68. La mauvaise foi du stellionataire ne se produit pas, dans les différents cas prévus par l'art. 2059 du Code civil, d'une manière uniforme. Tantôt elle ne peut être imputée que lorsqu'elle a employé des affirmations mensongères; tantôt, au contraire, l'imposture résulte du fait même, commis en connaissance de cause, sans que des déclarations fausses l'aient accompagné.

Ainsi quand on sait n'être pas propriétaire d'une chose, et que cependant on la vend ou qu'on l'hypothèque, il n'est pas nécessaire, pour commettre le stellionat, d'avoir déclaré qu'on la vendait ou qu'on l'hypothéquait comme sienne. Il suffit qu'on ait eu connaissance qu'on n'en était pas propriétaire. La tromperie est inhérente au fait; elle est flagrante *re ipsa*. Car, vendre ou hypothéquer une chose, c'est laisser croire qu'on en est propriétaire, puisqu'il n'est pas permis de vendre ou d'hypothéquer la chose d'autrui. Il y a dans l'acte l'affirmation virtuelle et implicite d'un fait faux.

Mais si celui qui est réellement propriétaire d'une chose la vend ou l'hypothèque sans faire connaître les charges dont elle est affectée, il ne commet un stellionat qu'autant que, par une affirmation mensongère, il la déclare franche et libre. En général, le silence de celui qui vend ou hypothèque sa chose n'est pas considéré comme un dol rentrant dans l'espèce du stellionat. Il faut un élément de plus pour caractériser ce délit civil : il faut une affirmation mensongère de la liberté de la chose, ou une tromperie sur l'importance des charges qui la grèvent. Le texte de notre article établit clairement cette distinction. La jurisprudence l'a consacrée [1].

69. Toutefois l'article 2136 du Code civil présente une exception remarquable. Si les tuteurs et les maris qui consentent une hypothèque sur leurs biens ne déclarent pas expressément l'hypothèque non inscrite du mineur ou de l'épouse, ils encourent, par le seul effet de ce silence, la peine du stellionat [2]. Je dis l'hypothèque non inscrite : car si elle n'était pas occulte, si elle avait été révélée par l'inscription, le mari et le tuteur ne seraient pas réputés stellionataires. Quel dol pourrait leur être reproché? De quelle dissimulation se plaindrait raisonnablement le créancier qui par l'inspection des registres du conservateur a pu connaître la vérité? Et si le silence du tuteur et du mari était une faute, l'incurie du créancier ne serait-elle pas une faute plus grande?

70. Lorsque le mari et le tuteur n'ont pas fait inscrire les hypothèques légales de l'épouse et du mineur, et qu'ils donnent une hypothèque conventionnelle sur leurs biens, sans déclarer expressément ces mêmes hypothèques légales, bien connues d'eux [3], rien ne peut les excuser. Vainement prétendraient-ils qu'ils ont révélé leur qualité de tuteur ou de mari! Vainement prouveraient-ils que le créancier a connu l'existence des hypothèques légales! Ici, l'article 2136 a établi un droit spécial et il ne faut pas argumenter de ce que nous avons dit au numéro 66. Le mari et le tuteur ont commis une faute grave en ne faisant pas inscrire les hypothèques légales de la femme et du mineur. Une seule voie leur était ouverte pour la réparer : c'était la déclaration expresse requise par l'article 2136 du Code civil. Ils sont punissables pour l'avoir omise. De même que l'inscription, quand elle est exigée, ne peut être remplacée par des équipollents, de même les déclarations expresses qui, d'après l'art. 2136,

---

règle suivante : *Nam si actor scit, tunc is, non ob alio, sed a se decipitur, et ideo reus absolvitur.*

Voy. *infra*, n° 70, une exception, et, n° 71, un retour sur notre question. — La circonstance que l'acheteur aurait eu connaissance, lors de la vente, qu'il existait une inscription hypothécaire sur le bien vendu, n'empêche pas de considérer comme stellionataire le vendeur qui a vendu comme libre le bien qu'il savait alors être grevé d'hypothèque, etc.; il n'y a pas, par conséquent, lieu d'admettre le vendeur à la preuve que l'acheteur avait, lors de la vente, connaissance de l'existence de cette inscription. Br., 10 janv. 1826. *J. de B.*, 1826, 1, 143. *Pasicrisie*, à sa date. *Arr. not.*, 9. 2, 130.

[1] Bruxelles, 28 septembre 1809 (Dall., 12, p. 150, n° 8). *Pasicrisie*, à cette date.

Arg. d'un arrêt de cass. du 25 juin 1817; *Pasicrisie*, à sa date. — Pour qu'il y ait stellionat, il faut que les biens présentés comme libres, ou soient grevés d'une hypothèque dispensée par la loi de la formalité de l'inscription, ou soient déjà frappés d'une inscription, sans qu'il puisse suffire qu'il existe un titre en vertu duquel une inscription hypothécaire aurait pu être prise.

Dans ce cas le débiteur de la rente qui vend le bien pour prix duquel elle a été constituée ne peut être considéré comme étant en faute pour ne pas avoir averti le créancier de la mutation qui s'opérait. On ne peut lui appliquer les dispositions de l'article 1382 du Code civil. Br., 15 fév. 1832. *J. de B.*, 1832, 1, 225; *J. du XIX*ᵉ *s.*, 1832, 3. 147.

[2] Mon comm. des *Hypothèques*. t. 2. n° 633. Cass., 25 juin 1817. *Pasicrisie*. à sa date. Aix, 5 janvier 1813 (Dall., 12, p. 150, n° 10; édit. belge, t. 25, p. 379).

[3] Les n°ˢ 63 et 64 ci-dessus expliquent le sens de ces mots : *bien connues d'eux*.

en doivent tenir lieu, ne peuvent être remplacées par des inductions [1].

71. Mais l'article 2136 n'est-il applicable dans sa sévérité qu'au cas de constitution d'hypothèque de la part du tuteur ou du mari? Peut-on l'étendre, sinon pas par la puissance du texte, du moins par identité de raison, au cas de vente de la chose? Un arrêt de la cour de cassation du 20 novembre 1826 [2], rendu dans une espèce où un mari avait vendu une maison dont il était propriétaire, sans révéler l'hypothèque légale non inscrite de sa femme, semble rattacher la décision qui fait peser sur le mari les peines du stellionat à l'article 2136 du Code civil. Aussi les arrêtistes [3] ont-ils tiré de cet arrêt la conséquence que l'article 2136 domine le cas de vente comme le cas de constitution d'hypothèque. Mais ce qui atténue l'autorité de cette opinion, c'est que l'arrêt de cassation du 20 novembre 1826 porte sur un cas où le mari vendeur ne s'était pas borné à garder le silence, et où il avait expressément déclaré qu'il vendait la chose franche et quitte de toute charge et hypothèque. On se trouvait donc dans l'hypothèse précise de notre article 2059, qui forme le droit commun et qui déclare, en règle générale, qu'il y a stellionat lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués. Et dès lors il était inutile d'aller puiser dans l'article 2136 des arguments douteux, afin de décider une question que l'article 2059 résout par un texte certain [4]. Aussi faut-il remarquer que le pourvoi du demandeur en cassation se fondait autant sur l'article 2059 que sur l'article 2136, et que même l'article 2136 n'était invoqué que pour fortifier l'article 2059, et montrer la sévérité avec laquelle le législateur a voulu que fût traité le mari coupable de dissimulation, puisqu'il le punit, dans le cas prévu par l'article 2136, alors même qu'il n'a fait que garder le silence.

D'un autre côté, nous avons vu au numéro 65 que la cour royale de Bordeaux a décidé, dans un arrêt du 9 juillet 1830, que le mari qui vend un immeuble peut être déclaré de bonne foi et non stellionataire, quand même il a déclaré cet immeuble franc, libre, s'il est ignorant et rustique, s'il a fait comparaître sa femme à l'acte, si l'acquéreur a connu l'hypothèque légale. Évidemment cet arrêt écarte implicitement, mais nécessairement, l'article 2136 et le droit spécial qu'il consacre; car l'article 2136 repousse formellement toutes ces excuses [5]. L'arrêt de Bordeaux place la cause sur le terrain du droit commun et la résout par les principes généraux.

Quant à nous, nous reconnaissons que la question n'est pas sans embarras. Veut-on s'en tenir à la raison fondamentale qui a fait éclore l'article 2136? elle paraît, du moins au premier coup d'œil, s'étendre au cas de vente comme au cas d'hypothèque. Veut-on, au contraire, un texte qui permette de traiter la vente faite par le mari ou le tuteur comme l'hypothèque concédée par eux, un texte qui autorise à sortir du droit commun aussi bien dans le premier cas que dans le second? il faut avouer qu'il n'en existe pas.

72. Toutefois, après y avoir bien réfléchi, et malgré notre propension habituelle à préférer l'unité dans l'interprétation de la loi à des scrupules de texte, nous pensons que l'article 2136 doit être renfermé dans le cas exprès qu'il prévoit. A notre avis, ce serait lui donner une extension fâcheuse que de régler le cas de vente par les dispositions rigoureuses et exceptionnelles dont cet article est l'expression. Car ce n'est pas ici le lieu d'appliquer la règle : *Ubi eadem ratio, idem jus*. En dépit d'apparences qui peuvent tromper les esprits distraits, il ne faut pas assimiler la vente de la chose hypothéquée à l'hypothèque donnée sur une chose grevée d'une hypothèque légale occulte préexistante.

73. En effet, comparons la position de l'acquéreur avec celle de l'emprunteur. Celui-ci, trompé par l'ignorance dans laquelle il a été laissé, perd toutes ses sûretés; les garanties de crédit qui lui avaient été offertes lui échappent entièrement. Il est exposé à tout perdre, sans avoir moyen de parer un coup fatal et imprévu. C'est par ce motif que le législateur a entendu protéger le prêteur par des mesures énergiques; c'est par ce motif qu'il exige les déclarations expresses mentionnées dans l'article 2136; c'est par ce motif que, dans un esprit de prévoyance qui va jusqu'à une rigueur formaliste, il n'admet aucune excuse de la part de l'emprunteur, de peur que de graves abus ne sortent de la tolérance et de la facilité de la loi.

Mais les mêmes craintes, et par suite le besoin des mêmes précautions, sont loin d'élever la voix d'une manière aussi impérieuse quand c'est un acquéreur que l'on met à la place d'un emprunteur. L'acquéreur a toujours la ressource du purgement; tout acquéreur prudent a soin de purger; par le purgement il dégage son immeuble des hypothèques légales, et les rend beaucoup moins menaçantes pour lui qu'elles ne le sont pour le prêteur. Dans cet état, le législateur a pu raisonnablement penser qu'il n'était pas nécessaire de protéger par des

[1] Mon comm. des *Hypothèques*, t. 2, n° 635. Limoges, 18 avril 1828 (D., 29, 2, 65) *Pasicrisie*, à sa date. Poitiers, 29 décembre 1830 (D., 31, 2, 34) *Pasicrisie*, à sa date. Bordeaux, 15 mars 1833 (Dall., 33, 2, 166). Paris, 27 novembre 1835 (Dall., 36, 2, 80).

[2] Dall., 27, 1, 59; *Pasicrisie*, à sa date.

[3] Dev., 8, 1, 458.

[4] C'est, en effet, par ce texte seul que la cour d'Agen a résolu la question dans une hypothèse semblable, par arrêt du 8 avril 1813; *Pasicrisie*, à cette date.

[5] *Suprà*, n° 70.

exceptions au droit commun une situation que le droit commun garantit suffisamment; et c'est avec un discernement exact que l'article 2136 n'a pas mis la vente sur la même ligne que l'hypothèque.

74. Pour que le stellionat serve de base à une action judiciaire aboutissant à la contrainte par corps, il faut nécessairement que le demandeur ait éprouvé un préjudice. Le stellionat est une fraude, et toute fraude suppose deux éléments : l'intention et l'événement. *Fraudis interpretatio* (dit la loi 77 D., *de reg. juris*) *semper in jure civili non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur*. Il faut que la fraude ait porté ses fruits : *Si eventum fraus habuerit*, ajoute la loi 3, § 1, D., *quæ in fraudem creditorum* [1].

C'est pourquoi il n'y aurait pas lieu à prononcer la peine du stellionat si le débiteur faisait disparaître, par une radiation, l'hypothèque antérieure dont il avait dissimulé l'existence en déclarant son immeuble libre. Telle est la décision de l'empereur Alexandre dans la loi 3, C., *de crimine stellionat.*, et d'un arrêt de la cour de Turin du 28 avril 1808 [2]. Le préjudice cessant, l'action fondée sur ce préjudice cesse en même temps.

75. A ce propos, l'on s'est demandé si l'acheteur, trompé par le vendeur qui lui a transféré comme franche une chose hypothéquée, peut se plaindre par l'action de stellionat quand il n'est pas inquiété.

La cour royale de Colmar s'est prononcée pour la négative dans un arrêt du 21 février 1827 [3]; mais il suffit de lire cette décision pour voir qu'elle a été déterminée par des circonstances particulières. En général, n'est-il pas vrai que l'acheteur sur lequel pèse un danger d'éviction éprouve un dommage? N'est-il pas vrai qu'il a un intérêt à avoir la libre disposition de sa chose, et que l'existence d'une hypothèque peut le gêner dans ses actes de père de famille? Et s'il demande la réparation de ce tort, comment le vendeur pourrait-il échapper à l'action de stellionat autrement qu'en faisant cesser le trouble [4]?

76. La ratification est un moyen de le faire disparaître. Si, par exemple, la chose d'autrui a été vendue, et si le vendeur apporte le consentement du véritable propriétaire à cette vente, je ne vois pas la possibilité de poursuites en stellionat. Le vendeur a satisfait au conseil de l'empereur Alexandre : « *Securitati tuæ consulis si criminis instituendi causam peremeris* [5]. » L'acheteur ne serait fondé à se plaindre qu'autant que la ratification serait équivoque, conditionnelle, incomplète, et ne ferait pas disparaître le préjudice. Mais, toutes les fois qu'elle en fait cesser la cause, elle met par cela même obstacle à des recherches rigoureuses, pénales, et par cela même peu favorables [6].

C'est en ce sens qu'il faut prendre un arrêt de la cour de cassation du 14 février 1837 [7], dont l'esprit ne me paraît pas avoir été exactement saisi par les arrêtistes. Dans l'espèce, il était déclaré, en fait, par la cour royale de Toulouse, que l'acte de ratification produit par le vendeur n'était pas de nature à donner aux acquéreurs une pleine sécurité. Une telle déclaration devait nécessairement laisser à l'action en stellionat son libre cours, et faire avorter le pourvoi formé contre l'arrêt qui l'avait admise. C'est ce qui arriva, et l'arrêt de rejet du 14 février 1837 ne saurait qu'être approuvé. Mais il ne faut pas croire que cet arrêt a décidé, comme quelques personnes l'ont pensé, que l'action en stellionat conserve toute sa puissance alors même que la vente aurait été ratifiée et que le vendeur serait devenu propriétaire de l'objet vendu. L'arrêt du 16 février 1837 ne renferme pas ces conséquences outrées. Il repose sur cette donnée, savoir, que la ratification laissait subsister des causes d'éviction.

77. Si le demandeur s'était rendu complice de la fraude, il serait non recevable dans son action de stellionat.

78. La contrainte par corps n'est pas la seule rigueur que la loi fasse peser sur le débiteur stellionataire. Elle le déclare aussi privé du bénéfice de cession [8]. Il est déchu du bénéfice du terme [9]. Le failli stellionataire n'est pas admis à la réhabilitation [10]. Le stellionat est tellement odieux que la loi accumule sur sa tête toutes les peines du droit civil.

79. En voici une nouvelle preuve. Non-seulement le stellionataire est soumis à la contrainte par corps, si justement méritée par son délit; mais encore il ne peut invoquer les priviléges accordés, en cette matière, à la vieillesse et à la faiblesse du sexe. La contrainte par corps pour stellionat a lieu même contre les septuagénaires, les femmes et les filles majeures, ainsi que nous le verrons par l'art. 2066 du Code civil [11]. Elle n'atteint cependant pas les mineurs [12].

---

[1] *Junge* Merlin, *Rép.*, v° *Stellionat*, n° 7.
[2] Dalloz, 12, 148; édit. belge. t. 25, p. 374.
[3] Dall., 27, 1, 145.
[4] Arg. de ce que j'ai enseigné, *Vente*, n° 615.
[5] L. 1, C., *de crimine stellionat.*
[6] Arg. d'un arrêt de la cour royale de Paris du 12 décembre 1816, *Panarisie*, à sa date.
[7] Chambre civile (Devill., 37, 1, 891) (Dall., 37, 1, 255).
[8] Art. 905, C. proc.
[9] Pau, 3 juillet 1807; S., 14, 2, 256. Bourges, 11 décembre 1839; Devill., 40, 2, 266. Duranton, t. 11, n° 123. Delvincourt, t. 2, p. 705.
[10] Art. 612, C. de commerce.
[11] *Infrà*, n° 292; *suprà*, n° 43. Voy. art. 42, loi du 17 avril 1832. *Infrà*, n° 688.
[12] *Infrà*, n° 274.

80. La loi du 17 avril 1832, qui prescrit aux juges, alors qu'ils prononcent la contrainte par corps en matière civile, de fixer la durée de l'emprisonnement, est applicable en matière de stellionat comme en toute autre matière [1].

Après le stellionat, qui est le premier cas de contrainte par corps exprimé dans le titre qui nous occupe, l'article 2060 place d'autres cas auxquels nous nous hâtons d'arriver.

Article 2060.

La contrainte par corps a lieu pareillement,

1° Pour dépôt nécessaire [2];

2° En cas de réintégrande, pour le délaissement, ordonné par la justice, d'un fonds dont le propriétaire a été dépouillé par voies de fait, pour la restitution des fruits qui en ont été perçus pendant l'indue possession [3], et pour le payement des dommages et intérêts adjugés au propriétaire [4];

3° Pour répétition de deniers consignés entre les mains de personnes publiques établies à cet effet [5];

4° Pour la représentation des choses déposées aux séquestres, commissaires et autres gardiens [6];

5° Contre les cautions judiciaires et contre les cautions des contraignables par corps, lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte [7];

6° Contre tous les officiers publics pour la représentation de leurs minutes, quand elle est ordonnée [8];

7° Contre les notaires, les avoués et les huissiers, pour la restitution des titres à eux confiés et des deniers par eux reçus pour leurs clients, par suite de leurs fonctions [9].

SOMMAIRE.

81. § 1. *De la contrainte par corps pour dépôt nécessaire.*
Renvoi pour les notions relatives au dépôt nécessaire.
Le voiturier est-il compris parmi les dépositaires nécessaires?
82. La contrainte par corps n'a pas lieu pour le dépôt simple et ordinaire.
Elle ne pourrait être prononcée que pour les dommages et intérêts excédant 300 fr. auxquels le dépositaire infidèle serait condamné.
Il ne faut pas confondre la restitution de la chose avec les dommages et intérêts.
83. *Quid juris* lorsque le dépositaire infidèle est poursuivi devant les tribunaux criminels? Différence entre les principes du droit criminel et les principes du droit civil.
84. § 2. *De la contrainte par corps pour réintégrande.*
Vrai caractère de la réintégrande.
85. Des dessaisines et des saisines.
86. La possession annale est appelée saisine dans notre vieux droit français. C'est la saisine possessoire.
87. Il y avait en outre la vraie saisine.
88. Le mot saisine était aussi employé pour exprimer l'investiture donnée par le seigneur ou le juge.
89. Suite.
90. Naissance dans le droit français de la possession de dix ans avec titre, au lieu de la possession annale avec titre.
91. En général, le mot saisine indique une juste possession.
92. La dessaisine était l'opposé de la saisine; elle avait lieu quand l'ensaisiné était expulsé et *jeté hors*.

---

[1] Cass., 25 février 1835 (Devill., 35, 1, 571). 12 novembre 1838 (Devill., 39, 1, 147). Palais, 1838, t. 2, p. 666. *Suprà*, n° 45.
[2] Art. 1949.
[3] Art. 526, C. proc.
[4] Art. 710, 740, C. proc. Art. 209, C. de commerce.
[5] Art. 1961, C. civ. Art. 126, C. proc., et 554. Loi du 28 nivôse an XIII, art. 5.
[6] Art. 1956, C. civ. Art. 603, 683, 824, C. proc.
[7] Art. 2040, C. civ. Art. 814, C. proc.
[8] Art. 210, 221, 839, C. proc.
[9] Art. 126, C. proc.

93. La complainte était le remède contre la dessaisine.
La complainte de force était la véritable réintégrande.
Elle n'avait pas lieu sans possession annale, sans saisine antérieure.
94. Résumé.
95. Mais, suivant Beaumanoir, il y avait, outre la complainte, une action préjudicielle, tendant à remettre les choses en état alors qu'on avait employé la violence.
Naissance de cette action sous saint Louis. Causes de son origine.
96. Exposition qu'en fait Beaumanoir.
97. Réflexions sur cette nouveauté.
Incohérence des idées dont Beaumanoir est l'écho.
98. Après avoir fait cesser le trouble, elle laissait entière la question de saisine et il fallait la faire juger.
99. Le rétablissement provisoire imaginé par les légistes n'était conforme ni au droit romain, ni au droit canon, ni à l'ancien droit français.
100. Théorie de Beaumanoir sur l'emploi de la force.
101. Le nom de réintégrande ne se trouve pas dans les Établissements de saint Louis.
102. Abus que ces Établissements font du droit canon.
Sens de la maxime canonique : *Spoliatus ante omnia restituendus.*
103. Suite.
104. Suite.
105. Peut-être du temps de saint Louis était-il nécessaire de s'écarter du vrai sens de la maxime.
Mais cela a dû cesser avec les circonstances. Du reste, le nom de réintégrande n'est pas dans les monuments du temps de saint Louis. La réintégrande vient du droit canon ; il faut l'expliquer par le droit canon.
106. Est-il vrai que la nouveauté des légistes de saint Louis soit devenue le droit commun du royaume, même hors des domaines du roi ?
107. Coup d'œil jeté sur les coutumes.
108. Suite. La complainte était le droit commun.
109. Suite.
110. Elle réalisait les idées consacrées par la règle du droit canonique : *Spoliatus ante omnia restituendus.*
111. Suite.
112. Autorités invoquées. La réintégrande n'était qu'un cas de complainte.
113. Objection contre le système de Henrion de Pansey. Lacune entre Beaumanoir et l'ordonnance de 1667.
Si l'on peut donner au mot réintégrande employé par l'ordonnance de 1667 le sens tiré de Beaumanoir qui ne s'en est jamais servi.
114. Presque tous les auteurs français sont d'accord, depuis l'ordonnance de 1667, pour décider que la réintégrande est un cas de complainte.
115. Texte de l'art. 23 du C. de procédure.
116. Arg. tiré du mot *réintégrande* qui se trouve dans l'article 2060 du C. civ.
117. Suite. Discussion du texte de cet article.
118. Suite. Conclusion.
119. Le propriétaire ou possesseur dépouillé a droit à être réintégré, et peut y contraindre le spoliateur par corps. Il a la même sanction pour les fruits et les dommages et intérêts.
120. La contrainte par corps est ici impérative.
121. Mais la contrainte par corps n'a pas lieu si la dépossession a été exécutée sans voie de fait.
122. *Quid* de la restitution au pétitoire? Renvoi au nº 186.

§ 3. *De la contrainte par corps pour restitution de deniers consignés à des personnes publiques, préposées à cet effet.*

123. La raison qui a fait établir ici la contrainte par corps est que le dépôt est en quelque sorte nécessaire.
124. Mais pour se trouver dans les conditions de ce § il faut que le consignataire soit personne publique et de plus qu'il soit préposé pour la réception.
Arrêt qui sert d'exemple.
125. De la caisse des dépôts et consignations.
126. Des huissiers consignataires de deniors.
Des geôliers consignataires des deniers nécessaires pour désintéresser le créancier.
127. Des consignations volontaires faites à la caisse des dépôts et consignations par des particuliers.
128. Suite. Il n'est pas nécessaire que la consignation soit ordonnée par justice.
129. Des consignations faites volontairement à un huissier pour un acte de ses fonctions.
130. *Quid juris* de la consignation de corps certains? Elle ne tombe pas sous l'empire de ce §.

§ 4. *De la contrainte par corps pour sequestre, garde et commissaire.*

131. Renvoi.
132. Quels sont les séquestres soumis à la contrainte par corps? Sont-ce les séquestres judiciaires seulement?
133. Des commissaires. Ce qui les concerne est emprunté à l'ordonnance de 1667 et n'a plus d'application dans le système du C. de proc. sur les saisies.
134. On ne peut comprendre dans la classe des commissaires les syndics d'une faillite.
135. Mais ne pourrait-on pas atteindre les syndics comme mandataires et dépositaires commerciaux?
136. Autre moyen d'atteindre les syndics rejeté.
Véritable moyen de les soumettre à la contrainte par corps.
137. Des gardiens.
138. Le gérant, préposé par justice à l'exploitation d'un immeuble, est-il gardien?
139. Suite.
140. Suite.
141. Du saisi constitué gardien ; il est sujet à contrainte par corps.
142. Étendue des causes pour lesquelles la contrainte par corps a lieu en cette matière.
Elle est impérative.
143. Le gardien soumis à la contrainte par corps pour représentation de la chose n'a pas la contrainte par corps contre la personne qui la lui a enlevée.

§ 5. *Contrainte par corps contre les cautions judiciaires et contre les cautions des contraignables par corps.*

144. Rappel de quelques principes. La caution n'est pas soumise de plein droit à la contrainte par corps.
145. Elle n'y est sujette qu'autant que par l'acte du cautionnement elle s'y est soumise, le débiteur principal étant lui-même contraignable par corps.

146. Mais elle ne peut s'y soumettre par sa volonté si le débiteur principal n'est pas contraignable par corps.
147. Cas exceptionnels où la caution du contraignable par corps est soumise de plein droit et sans convention à la contrainte par corps.
Par exemple : cautions données dans les affaires qui touchent à l'administration des biens et deniers publics.
On les présume associées.
148. Suite.
149. Suite.
150. Du donneur d'aval.
151. De la caution commerciale intéressée dans l'affaire.
152. Exemple.
153. Des cautions judiciaires et de leur position spéciale.
154. Suite.
La caution judiciaire est toujours soumise de plein droit à la contrainte par corps.
155. Démonstration de ce point de droit.
156. Suite.
157. Suite.
158. Réponse a une objection tirée de l'article 519, C. de pr. civ.
159. Suite.

§ 8. *De la contrainte par corps contre les officiers publics pour représentation de leurs minutes.*

160. Raison évidente de ce moyen de coaction.
161. Étendue des mots *officiers publics.*
162. Exemples d'apports de pièces.
163. Les officiers publics ne sont contraignables qu'autant que l'apport a été régulièrement ordonné.
164. Liaison des art. 839 et suiv. du C. de proc. avec l'art. 2060. L'art. 2060 a en vue l'apport des pièces originales. Les art. 839 et suiv. du C. de proc. ont en vue la délivrance des copies.
165. Dans quels cas a-t-on droit à des expéditions?
166. Dans quels cas n'y a-t-on pas droit ? Du compulsoire.
167. Suite et renvoi.

§ 7. *De la contrainte par corps contre les officiers dépositaires de pièces pour la restitution des titres à eux confiés, et des deniers reçus par eux par suite de leurs fonctions.*

168. Motifs de la contrainte par corps en pareil cas
169. Aux notaires, avoués et huissiers, qui sont contraignables par corps d'après notre §, il faut joindre les commissaires priseurs et les gardes du commerce.
170. Il y a deux cas dans le § 7. Remise des titres.
171. Remise des deniers. La contrainte par corps a-t-elle lieu pour la restitution des remises faites par les parties, ou seulement pour la restitution de remises faites par des tiers pour la partie?
Discussion à cet égard.
172. Suite.
173. Suite.
174. Pour que le § 7 de l'art. 2060 soit applicable, il faut que la remise ait été faite à l'officier par suite de sa position.
Exemple.
175. Autre exemple.
176. *Quid* des fonds versés chez un notaire pour un placement?
La contrainte par corps doit être accordée contre le notaire infidèle.
177. Objection réfutée.
178. Suite. Esprit dans lequel le § 7 a été fait.
179. Du texte de ce §.
Ancienne jurisprudence. Usage.
180. Suite.
181. Suite.
182. Examen d'un arrêt de la cour de cassation du 13 avril 1813 et conclusion.
183. Le notaire est également responsable par corps de la remise des frais d'enregistrement des actes passés par lui.
184. Dans tous les cas prévus par l'art. 2060, la contrainte par corps est impérative.
Transition aux art. 2061 et 2062 qui s'occupent de contrainte par corps facultative;
185. Et à l'art. 2065.

COMMENTAIRE.

81. L'article 2060 énumère sept cas de droit civil dans lesquels la contrainte par corps peut être prononcée. Le premier est le cas de dépôt nécessaire.

§ 1. *Dépôt nécessaire.*

Les principes que j'ai exposés dans mon commentaire du *Dépôt* [1], sur la question de savoir si le dépositaire infidèle est soumis à la contrainte par corps, trouvent ici leur place naturelle.

En règle générale, le dépositaire nécessaire est seul passible de contrainte par corps pour la représentation de la chose déposée. Nous avons expliqué ailleurs ce que c'est que le dépôt nécessaire [2]. Les obligations du dépositaire nécessaire sont plus étroites que celles du dépositaire ordinaire. La nécessité où l'on a été de s'adresser à lui rend son infidélité plus grave et plus répréhensible. C'est une sorte de violation de la foi publique! *Crescit perfidiæ crimen,* disait Ulpien, *et publica utilitas coercenda est, vindicandæ reipublicæ causa* [3].

Nous n'insisterons pas, du reste, sur le détail des personnes qui sont comprises dans la classe des dépositaires nécessaires. On peut recourir à ce que nous avons dit à cet égard dans notre

[1] N° 181.
[2] Comm. du *Dépôt*, n°s 199, 200.
[3] L. 1, § 4, D., *depositi.* Mon comm. du *Dépôt*, n° 201.

commentaire du *Dépôt* [1]. Nous nous bornerons à dire que le voiturier, quoique n'étant pas à proprement parler un dépositaire nécessaire, est cependant soumis, d'après l'article 1782, aux mêmes obligations que le dépositaire nécessaire, et peut être par conséquent atteint par la contrainte par corps [2].

82. Quant au dépositaire ordinaire, un tribunal saisi de l'action civile ne pourrait le condamner à la contrainte par corps pour la restitution des choses déposées [3]. Quelque répréhensible que soit son infidélité, elle ne porte cependant atteinte qu'à l'intérêt privé du déposant, et celui-ci doit s'imputer d'avoir mal placé sa confiance. Il n'y a pas d'intérêt général pour lui donner le droit de contrainte par corps [4].

Toutefois, si le dépositaire ordinaire était condamné à des dommages et intérêts, et si le montant de ces dommages excédait 300 francs, le juge pourrait, en usant du pouvoir discrétionnaire que lui attribue l'article 126 du Code de procédure civile, attacher la contrainte par corps au payement de ces dommages et intérêts. Mais cette sévérité doit être réservée pour des cas graves; elle ne doit atteindre que le dépositaire coupable de violation frauduleuse de la foi promise. Sans quoi, l'article 126 du Code de procédure civile serait une source d'abus, et il ouvrirait une voie pour éluder la distinction faite par la loi entre le dépôt nécessaire et le dépôt volontaire [5].

Enfin, remarquons que ce serait un abus d'un autre genre si on donnait la couleur de dommages et intérêts à la restitution de la somme même qui a fait l'objet du dépôt [6]; mais nous aurons occasion de revenir sur ce point dans la suite de ce commentaire, et de le mettre dans tout son jour [7].

83. Lorsque le dépositaire ordinaire est poursuivi devant le tribunal correctionnel en vertu de l'article 408 du Code pénal, la distinction de notre article s'efface de plein droit; car la contrainte par corps est virtuellement attachée en matière criminelle à l'exécution des condamnations à l'amende, aux restitutions, aux dommages et intérêts et aux frais [8].

Ici je dois faire une remarque :

La cour royale de Paris, sous prétexte que l'action résultant d'un délit peut être intentée devant les tribunaux civils aussi bien que devant les tribunaux criminels, avait cru pouvoir s'emparer des textes du Code pénal pour les étendre à une action civile en restitution de dépôt. Mais son arrêt a été cassé, et devait l'être [9]. L'action civile a, en cette matière, des conditions qui lui sont propres, et qu'elle tient d'une série de principes dérivant du droit civil; il n'appartient pas au Code pénal de les modifier.

§ 2. *De la réintégrande.*

84. La contrainte par corps a eu lieu pareillement, en cas de reintégrande, pour le délaissement ordonné par la justice d'un fonds dont le propriétaire a été dépouillé par voie de fait [10].

Mais qu'est-ce que la réintégrande? Quelle est la portée, quelles sont les conditions de cette action? Est-elle distincte de la complainte par des caractères essentiels? Doit-elle être séparée des actions possessoires définies par l'article 23 du Code de procédure civile?

Je me suis efforcé, dans mon commentaire de la *Prescription* [11], de fixer le véritable caractère de l'action appelée réintégrande, caractère souvent méconnu par la jurisprudence, et faussé par des préjugés surannés. De ce que l'article 2060 du Code civil prononce le mot de réintégrande, ainsi que l'avait fait l'ordonnance de 1667, on en a conclu [12] que la réintégrande doit reprendre dans nos lois la place qu'elle avait au temps des guerres privées, et les couleurs que lui avait données notre vieux Beaumanoir. Comme si le temps n'avait profondément modifié et les habitudes de violence naturelles à l'époque féodale, et les précautions nées de ces habitudes, et la procédure organisée dans la vue de les réprimer!

On prétend donc, et l'on juge même [13], que le sens de la maxime : *Spoliatus ante omnia restituendus*, est que l'action en réintégrande appartient à celui-là même qui n'avait pas la possession annale de la chose lorsque la voie de fait l'a expulsé, à celui qui n'en avait que la possession d'un jour, la possession de fait, la possession provisoire, momentanée [14],

[1] Nos 199, 200, 204, 209, 210, 212, 226, 229, etc.

[2] Mon comm. du *Louage*, t. 3, no 921. Bigot (*Exposé des motifs*); Fenet, t. 15, p. 161. Dalloz, *Contrainte par corps*, p. 724, col. 2; édit. belge, t. 6, p. 357. Coin Delisle, p. 14. Paris, 19 avril 1809 (Dall., t. 2, p. 790), *Pasicrisie*, à sa date.

[3] Cass., 18 septembre 1834 (Devill., 34, 1, 777) (Dall., 35, 1, 10). *Infrà*, no 460.

[4] Bigot (Fenet, t. 15, p. 161).

Il en était autrement du temps de Coquille, *Quest.* 195.

[5] Mon comm. du *Dépôt*, nos 181, 182, 183.

[6] Arrêt de Nancy, 18 mai 1817, rendu sur nos conclusions (Dall., 27, 2, 199).

[7] *Infrà*, no 221.

[8] Art. 52, C. p. Mon comm. *du Dépôt*, no 181.

[9] Cass., 18 novembre 1834 (Dall. 35, 1, 10). *Infrà*, no 232.

[10] *Infrà*, no 251, un cas analogue.

[11] T. 1, no 296.

[12] Voy. l'arrêt de la chambre des requêtes du 28 décembre 1826 (D., 27, 1, 107; Palais, 1827, t. 2, p. 450; Sirey, 27, 1, 73).

[13] Voy. arrêts cités dans mon comm. de la *Prescription*, t. 1, no 307.

[14] Tout cela est écrit dans l'arrêt précité du 28 décembre 1826.

telle quelle, pourvu que ce soit une possession réelle, matérielle et actuelle [1]; que l'article 23 du Code de procedure civile (bien qu'il embrasse dans la généralité de son texte *les actions possessoires*, et par conséquent la réintégrande, qui est aussi une action possessoire) n'a pas exigé pour la recevabilité de cette dernière action une année de possession au moins, paisible, publique et non précaire.

Pour arriver à cet étrange résultat, on fait parler l'ordre public qui ne veut pas qu'on se fasse justice à soi-même, l'ancienne législation française qui admet généralement la réintégrande sans condition de possession annale; l'on sépare la réintégrande des actions possessoires ordinaires, telles que la complainte, et l'on en fait une action particulière, différente des autres par sa nature et ses effets.

J'ai combattu, dans mon commentaire de la *Prescription*, ce système sans vérité; et, malgré l'autorité des décisions qui lui servent de base, j'ai la satisfaction de voir qu'un grand nombre de bons esprits ont donné la préférence à l'opinion contraire défendue par moi; que la résistance s'est même fréquemment et énergiquement produite dans les tribunaux de première instance, et qu'enfin les idées sont beaucoup moins absolues que jadis dans le sein des corps eux-mêmes qui ont contribué à prêter si gratuitement à la réintégrande des caractères extraordinaires et un rang exceptionnel.

Pour fortifier ce mouvement salutaire des esprits vers le respect des textes et des vrais principes, je crois utile d'ajouter ici quelques observations à la dissertation contenue dans mon commentaire de la *Prescription*. Le lieu est propice, puisque l'article 2060 est le champ de bataille de nos adversaires.

85. La réintégrande est l'un des correctifs d'un état de choses que notre ancien droit français appelait dessaisine [2]. Et comme la dessaisine suppose une saisine antérieure, il s'ensuit que, pour se faire de justes idées sur cette matière, il est indispensable d'esquisser rapidement l'ancien droit coutumier sur la saisine.

Le mot saisine n'y est pas pris dans un sens uniforme. Quoique au fond il signifie toujours une situation juridique en vertu de laquelle on est saisi d'une chose à l'égard des tiers, de manière à pouvoir se défendre contre eux; néanmoins il n'exprime pas, dans tous les cas, un droit également complet dans cette chose. Tantôt il est employé pour signifier seulement l'état d'un possesseur qui se pose contre des possesseurs rivaux [3], moins privilégiés que lui; tantôt aussi il designe l'état éminent de celui qui, réunissant sur sa tête le double avantage du titre et de la possession prolongée pendant un certain temps légal, triomphe de toutes les attaques extérieures; tantôt, enfin, il s'adapte à des situations intermédiaires, à des nuances qui se placent entre ces deux états.

86. Pour ce qui concerne la possession annale, voici ce que dit Beaumanoir [4] : « Usage » de an et de jour, paisivlement, souffist à » acquerre saizine. Si come quand aucuns a » une terre labourée, ou une vigne ou autre » héritage, et despouille paisivlement un an et » un jour, et aucuns vient qui lui empecque; » li sires doit oter l'empequement, s'il en est » requis, et tenir celi en sa saizine, jusqu'à » tant qu'il pert, par pled ordene, la proprieté » de l'héritage. »

On le voit : la saisine est ici la possession annale, cette possession que les coutumes appelaient privilégiée [5], et dont les effets victorieux sont de maintenir le possesseur contre les voies de fait, les empêchements, les violences qui viennent le troubler ou le déposséder. Du reste, Beaumanoir ne fait que dépeindre une situation qui formait le droit commun coutumier [6] et qui remonte à la plus haute antiquité. Le droit gallique contenu dans le Code de Hoel le Bon de 940 le consacre par ses dispositions les plus expresses [7]. Je traduits : « Si quelqu'un, étant présent, a permis » qu'un autre jouisse de son fonds pendant un » an et un jour, sans trouble ni voies de fait, » la loi dit que le possesseur n'est pas tenu de » lui répondre touchant cette terre. Le procès » est mort, n'ayant pas été engagé dans l'an et » jour [8]. » Ce droit du possesseur, que les lois galliques appellent *yatin*, notre vieux droit l'appelle saisine [9]; et ces deux dénominations frappent l'oreille d'une consonnance qui a permis aux amateurs d'étymologie de croire à leur origine commune [10]. Je me borne à rap-

---

[1] Arrêt du 5 mars 1828 (Dall., 28, 1. 163).

[2] Voy. dans Ducange, v° *Dissaisina*, au mot *Saisina*.

[3] Dumoulin (*sur Paris*), § 1, glos. 4, n° 1.

[4] Ch. 24 (t. 1, p. 338, édit. Beugnot). *Junge* Loisel, 5, 4, 10.

[5] Valois (art. 116). Mon comm. de la *Prescription*, t. 1, n° 300.

[6] Laferrière, *Hist. du droit français*, t. 2, p. 51.

[7] « Si quis alteri per annum et diem fundo suo » uti frui permiserit, sine turba et sine noxa, et » præsens fuerit, lex dicit illum usufructuarium de » terra illa respondere, deinceps non teneri; lis enim » mortua est, utpote intra annum et diem non contestata. » (Leges wallicæ, 11, 17, 6. ed. Wotton.)

Ce que dit ce texte ne concerne que la possession; il ne faut pas l'entendre d'une prescription de la propriété, car d'après les lois galliques la propriété ne se prescrivait que par une possession de trois générations (11, 17, 7, 8).

[8] *Junge* le grand cout. de Charles VI, ch. 21, et Jean Desormes cité dans mon comm. de la *Prescription*, t. 1, n° 226.

[9] Voy. aussi la très-ancienne coutume de Bretagne, ch. 37; l'ancienne cout., art. 107; la nouvelle, 104.

[10] Laferrière, t. 2, p. 124.

peler leur opinion. Je ne saurais ni l'approuver ni la contredire.

87. Au-dessus de cette saisine possessoire, il y avait une saisine plus éminente, plus complète, plus étroite ; c'est celle que l'on appelait *vraie saisine*. On sait que, dans les plus anciens temps de notre droit français, la tradition d'une chose immobilière s'effectuait par une investiture solennelle, émanant du seigneur ou du juge, au moyen d'une motte de gazon, d'un fétu, d'un bâton [1]. Quand cette tradition symbolique avait été suivie d'une possession effective d'an et jour, le droit du détenteur acquérait un degré d'autorité qui lui faisait donner le nom de vraie saisine [2]. C'était la saisine par excellence ; on était pleinement saisi de la chose à l'égard des tiers. Le titre, la possession, l'intervention de la puissance publique, tout se trouvait réuni pour rendre inattaquable une telle situation. « Nos appelons vraie saizine (dit le livre de justice et de plet) quand aucun remaint saisi an et jour, comme sire et par justice, à la vue et au sçu de celui qui demander puet, et ne veut demander, et se tait [3]. » Non-seulement l'ensaisiné avait la possession légale et tous les priviléges attachés à cette possession. Il devenait encore maître incommutable de la chose. Ce n'est que dans le cas d'absence seulement qu'il était permis au propriétaire expatrié de réclamer par action en revendication contre celui qui avait été ensaisiné. Dans tous les autres cas, l'année de possession, jointe à l'investiture solennelle par justice, consolidait la propriété sur la tête du possesseur et rendait les tiers non recevables à la lui disputer [4]. Ceci n'est assurément pas le droit germanique d'après lequel l'usurpateur devenait propriétaire par une possession paisible d'an et jour [5]. Le droit coutumier français est bien loin d'aller jusque-là ; il veut qu'à la possession d'an et jour s'adjoigne le titre régulier. Mais du moins il y a entre les deux droits ce rapport de ressemblance, savoir, que l'an et jour est le terme de la prescription acquisitive ; prescription sans titre chez les Germains, avec titre chez nos aïeux [6].

88. Enfin, le mot saisine s'emploie pour exprimer l'investiture donnée par le seigneur et par le juge [7]. C'est en ce sens que le mot saisine est pris dans cette règle de Loisel : ***Ne prend saisine qui ne veut*** [8]. A l'époque où Loisel écrivait cette règle, le droit féodal avait perdu de sa rigueur ; l'on secouait le joug des seigneurs, et l'investiture n'était plus considérée comme une condition essentielle de l'acquisition de la propriété roturière. C'est à quoi Loisel fait allusion en disant : ***Ne prend saisine qui ne veut.*** Saisine est synonyme d'investiture [9]. La même synonymie existe dans cette autre règle du même auteur : « ***Jouissance de dix ans vaut saisine*** [10], » c'est-à-dire que lorsque dans les coutumes de nantissement, l'acquéreur a joui paisiblement pendant dix ans, il est autant ensaisiné que s'il avait reçu l'investiture du seigneur ou du juge [11].

89. Ainsi, le mot saisine a déjà trois significations bien distinctes ; il y a la saisine de possession privilégiée, qui repose sur le fait ; la saisine de propriété, qui repose sur le droit résultant du titre et de l'investiture sans possession annale ; la vraie saisine ou saisine par excellence, qui résulte de la réunion de la première saisine avec la seconde. La saisine résultant de l'investiture, sans que la possession eût duré l'an et jour, s'appelait simple saisine. La différence entre la simple saisine et la vraie saisine consistait dans la durée de possession [12].

90. A l'époque où les croisades eurent jeté les nations européennes vers l'Orient, les cas d'absence devinrent si fréquents que le délai d'un an et un jour ne fut plus suffisant pour garantir d'une manière absolue la légitimité de la transmission de propriété. On sentit la nécessité de fortifier l'investiture par une plus longue prescription. Le droit romain prêta secours aux légistes pour arriver à ce changement et remplacer par une prescription plus longue la trop brève prescription d'an et jour. Beaumanoir nous apprend que de son temps la propriété et saisine des héritages s'acquérait par dix ans de paisible possession entre présents, avec cause suffisante, comme achat, don, legs, etc., etc. [13].

91. Tels sont les différents degrés dans lesquels le mot saisine est employé. Il n'est pas synonyme de possession, de détention. La saisine est toujours une juste possession [14], une possession réputée juste *propter temporis admi-*

[1] Mes dissert. insérées dans la *Revue de législ.*, t. 10, p. 155, 277, et 1846, p. 138. 144 Brodeau sur Paris (préface de l'art. 96). Klimrath, *Des saisines* (*Revue de législat.*, t. 2, p. 361, 383, 384, 385).

[2] Loisel, liv. 5, tit. 4, nos 7 et 8.

[3] Bibliothèque royale, manuscrit Lancelot, 70 f. 31, verso, col. 2. Klimrath (*Revue de législ.*, t. 2, p. 368).

[4] Voy. les chartes de Roye (1183), art. 3. Pontoise (1188), art. 11 et 12. Saint-Quentin (1195). article 7. Elles sont citées par Klimrath, *loc. cit.*, p. 368.

[5] Mon comm. *de la Prescription*, t. 1, n° 292.

[6] Voy. Assises de Jérusalem (Assise des bourgeois, c. 29).

[7] Vermandois, art. 120.

[8] 5, 4, 5.

[9] Dumoulin, § 1, glose 1, n° 27, et § 78.

[10] *Loc. cit.*, n° 9.

[11] Vermandois, art. 130. Reims, art. 68.

[12] Klimrath, *loc. cit.*, p. 364.

[13] Ch. 24, n° 4.

[14] Grand coutumier, liv. 2, tit. *des cas de dessaisines*.

niculum [1]. Ce n'est que par abus que les auteurs ont quelquefois employé le mot saisine à la place de possession de fait, et qu'ils ont dit qu'il y a des saisines bonnes et des saisines mauvaises [2]. Le grand coutumier de Charles VI fait dogmatiquement la remarque que la simple saisine ne doit pas être confondue avec la simple possession, parce que la possession peut être injuste, tandis que la saisine, c'est-à-dire la possession continuée an et jour, contient une présomption de justice et de droit.

92. Après avoir montré l'acception du mot saisine; après avoir fait toucher au doigt la puissance que la saisine conférait au détenteur, soit sous le rapport de la possession, soit sous le rapport de la propriété; après avoir vu ses effets prépondérants contre les attaques des tiers; il faut nous occuper de la dessaisine qui était l'opposé de la saisine et enlevait à l'ensaisiné la chose dont il avait la saisine.

La dessaisine s'opérait de deux manières : ou avec force, ou sans force. Lorsque par la violence, ou du moins par une voie de fait et empêchement, on ôtait la chose de la main de la personne ensaisinée, lorsqu'on expulsait cette personne de son tenement, il y avait dessaisine [3]. A proprement parler, le mot dessaisine ne s'appliquait qu'à la dépossession des choses immobilières dont on avait la saisine. La dépossession d'une chose mobilière s'appelait, dans l'exactitude des mots, spoliation [4]. Quant au cas de simple trouble, sans expulsion ni dépossession, ce n'est pas ce qu'on appelle dessaisine. Je le répète : point de dessaisine sans que le possesseur ou le propriétaire ne fût chassé, jeté hors de la chose ensaisinée, ou privé de la possibilité d'y accéder et d'en jouir.

93. Quand cette grave atteinte avait été portée au droit si respecté dérivant de la saisine, une action était ouverte au spolié : c'était la complainte, appelée aussi *applègement* [5]. La complainte embrassait tous les cas de force, violence, voie de fait, trouble, etc., etc. Il y avait la complainte de force [6], la complainte de simple dessaisine sans force, la complainte en cas de nouvelleté. Le but de la complainte était tantôt de se faire maintenir, s'il n'y avait pas eu dépossession; tantôt, s'il y avait eu dépossession, de se faire *ressaisir, rétablir, reintégrer* dans la saisine dont on avait été mis hors. J'emploie les expressions de Brodeau [7]. Tous les auteurs, Beaumanoir lui-même, sont d'accord pour enseigner que la complainte comprenait le cas de force même avec armes et gens [8]. Je lis dans un arrêt de 1304, rapporté par Delafons [9] : « *Per generalem consuetudinem totius balliviæ Viromandensis, super noris* VIOLENTIIS, *dessaisinis et impedimentis, licebat recurrere ad justitiam loci, vel ad regem seu ballivum regis.* » Brodeau [10] et Delaurière [11] ont insisté là dessus avec des preuves et développements lumineux qui ne permettent pas le moindre doute.

La complainte de force était donc la véritable et régulière action en réintegrande; et comme celui qui avait été *bouté hors de sa saisine par force* [12] demandait à être rétabli, réintégré dans sa saisine, il s'ensuit que la saisine était le fondement de sa demande [13]. C'est parce que sa saisine avait été usurpée ou *happée* [14] qu'il se complaignait pour qu'on la lui rendît. Quiconque n'avait pas de saisine, n'avait pas de complainte. C'est ce que disent les Établissements de saint Louis : « Nul ne peut ni ne doit demander saisine d'héritage, se il n'en avait été ensaisiné [15]. »

Or, nous avons vu tout à l'heure à quelles conditions on pouvait se dire ensaisiné. Celui qui n'avait pas de titre devait avoir une possession d'an et jour [16]; celui qui avait un titre devait avoir rempli les devoirs de loi, c'est-à-dire s'être fait investir par le précédent propriétaire en présence du seigneur ou de la justice. Alors, sa prise de possession se joignant à la possession de son auteur, il pouvait intenter la complainte sans attendre qu'il eût possédé lui-même l'an et jour [17].

94. Telles sont les idées auxquelles on arrive lorsque l'on étudie avec un esprit critique les vieux monuments de notre droit. Saisine, dessaisine par force, complainte pour se faire réintégrer, ce sont là trois termes qui procèdent l'un de l'autre.

95. Suivant Beaumanoir, cependant [18], la force et la violence pouvaient, outre la complainte de force, engendrer une autre action, en quelque sorte préjudicielle, tendant à remettre les choses dans leur premier état, sauf à examiner plus tard le droit respectif des parties à la possession.

Il paraît que c'est au temps de saint Louis que cette action, précédemment inconnue dans

[1] Grand coutumier, liv. 2, tit. *des cas de dessaisines.*
[2] Beaumanoir, ch. 32, nº 23.
[3] Beaumanoir. *loc. cit.*, nº 2. Ducange, vº *Dessaisino*, au mot *Saisina.*
[4] Ducange, *loc. cit.*, et les autorités précises citées par lui.
[5] Delaurière, vº *Applegement.* Ducange, vº *Plegeria*, etc.
[6] Delaurière, sur les *Établissements de saint Louis*, ch. 4.
[7] Sur Paris, préface de l'art. 96, t. 4.
[8] Ch. 32, nº 2.
[9] Sur Vermandois, art. 134.
[10] *Loc. cit.*
[11] Glossaire, vº *Complainte.*
[12] Voy. un texte cité par Brodeau, *loc. cit.*
[13] Beaumanoir, 32. 2.
[14] Expression employée par Bouteiller, t. 27, et citée par Brodeau, *loc. cit.*
[15] Liv. 2, ch. 4.
[16] Beaumanoir, *loc. cit.*
[17] Voy. Dupin et Laboulaye sur Loisel, 5, 10, 8.
[18] Ch. 32, nº 23.

la procédure française, y fit son apparition. La violence régnait dans toutes les relations politiques et privées. Les légistes sentirent la nécessité de mettre le bon ordre et la règle à la place de cette licence sans frein. Comme la procédure de complainte entraînait des longueurs, ils pensèrent à un moyen plus expéditif et plus sommaire, et pour le trouver ils allèrent chercher dans le droit canonique et dans le droit romain des analogies pleines d'écueils. D'un côté, ils entendaient les canonistes répéter la célèbre maxime : *Spoliatus ante omnia restituendus*, maxime d'une haute sagesse quand elle est bien comprise. Mais, sans s'inquiéter du sens que la saine critique lui donne et des distinctions qu'elle comporte, les légistes du temps de saint Louis n'en virent que l'écorce ; ils la citèrent comme favorable à leurs nouvelles idées de répression, ne s'apercevant pas que la procédure de la complainte en était la meilleure et la plus intelligente application. D'un autre côté, le droit romain, dont ils faisaient l'usage le plus excessif [1], le moins intelligent, le moins éclairé, leur offrait des textes remplis de sévérité contre l'emploi de la violence. Une constitution, par exemple [2], de 391, portait que celui qui serait assez audacieux pour envahir violemment la possession des choses constituées dans la main du fisc ou des particuliers, serait obligé de rendre au possesseur la possession dont il l'avait privé, et que, de plus, si l'envahisseur était propriétaire de la chose, il en perdrait pour toujours le domaine. Ce texte avait donné lieu à beaucoup de commentaires. Les interprètes l'avaient appliqué même au cas où le spoliateur avait été expulsé par celui qu'il avait ensuite dépouillé [3] ; de telle sorte que la seconde spoliation effaçait la première. Or, une telle doctrine, quelle qu'en soit la valeur au point de vue du droit romain, renversait tous les tempéraments que le droit canonique avait apportés prudemment à la règle : *Spoliatus ante omnia restituendus*, ainsi que je l'ai dit ailleurs [4] ; elle pouvait être excellente comme interprétation des lois impériales ; mais elle était en désaccord avec le droit canon, qui déclarait l'action de spoliation non recevable quand le plaignant était lui même un spoliateur [5]. Elle heurtait de front tout le système français sur les saisines ; elle contrariait cette règle de bon sens écrite aussi dans le droit romain : *Nemo damnum dat qui jure suo utitur* [6], et promulguée plus tard dans le droit coutumier : *Icelui n'attente qui use de son droit* [7]. Elle méconnaissait cette autre règle de droit naturel, qu'il y a certaines voies de fait permises et autorisées, ainsi que l'ont proclamé tous les jurisconsultes [8].

Je ne doute pas, cependant, qu'elle n'ait exercé une grande influence sur l'esprit des légistes de saint Louis, et que les idées romaines, importées tant bien que mal dans leurs jugements, ne les aient conduits à fausser les principes de notre droit national et à s'écarter de la juste mesure des décrétales. C'est cette importation du droit romain qui leur fit oublier la véritable portée de la maxime : *Spoliatus ante omnia restituendus*.

96. Voici donc ce que les légistes français imaginèrent pour ne pas rester en arrière des rigueurs du droit romain contre ceux qui se font justice à eux-mêmes. Nous verrons dans un instant que, tout en cédant à son influence sur certains points, ils n'osaient pas aller jusqu'à la limite extrême de ses sévérités.

Écoutons Beaumanoir [9] :

« Pierre estant entré en une terre el mois » de mars et la fit arer et semer paisivlement ; » et quand vint l'aoust, et il quida l'aveine » soier, et tout présentement la terre despouil- » ler de cette année, et y estoient si ovrier jà » dedans pour queillir les biens ; adonc vint » Jehans, et en ota les ouvriers du dit Pierre » et contre son gré et y mist les siens ouvriers » et emporta l'aveine. Adont fist Pierre ajorner » Jehans sor *novelle dessaisine*, et quand il » vinrent en cort, Pierre requist à estre resta- » bli de l'aveine que Jehans en avoit emporté » laquele il avoit arée et semée et laborée pai- » sivlement... A ce repondit Jehans, qu'il li » connoissoit moult bien que Pierre avoit la » terre laborée et semée, et entrés el soier ; » mais à tort l'avoit fait, si comme il disoit, » car la terre estoit soie. Mais il n'y estoit pas » entré por li ; por quoi il ne voloit pas être » tenu à li ressaisir ne restablir. Et mesme- » ment parce que Pierre ne disoit pas qu'il » eust esté en saisine d'an et jor, por quoi il » ne pooit demander saisine... et sor ce, se » mirent en droit se Pierre seroit restabli ou » non. Il fut jugié que Pierre seroit ressaisi et » restabli de l'aveine, laquele il avoit laborée » paisivlement, tout n'eut-il pas eté en saisine » d'an et jour.

» Et par cel jugement pot on veoir que, de » quelque coze que je soie en saisine et que la » saisine soit boone ou malvaise, et de quelque

---

[1] Le conseil de Pierre de Fontaines en est la preuve.
[2] Valentinien, Théod., Arcad., l. 7, C., *unde vi*. Justinien, Instit., *de interdict.*, § 6.
[3] Voy. Bartole, sur la loi 1, § *Qui a me*, D., *de vi*. Et sur la loi 7, C., *ad leg. Jul. de vi*.
[4] *Prescription*, t. 1, n° 297.
[5] Mon comm. de la *Prescript.*, *loc. cit.*
[6] L. 2, C., *si serv. export. veneat.*
[7] Bretagne (art. 110).
[8] Voy. au *Répert.* le mot *Voie de fait*. Dumoulin dit : « *Via facti, id est extrajudicialis, sæpissime in jure approbata est* (sur Paris, p. 1, glos. 4, n° 13).
[9] Ch. 32, n° 23.

» tems que ce soit, soit grand ou petit, qui » m'ote de cette saisine sans jugement ou sans » justice, je dois estre ressaisi avant toute ovre, » se je le requiers. »

Puis il ajoute tout de suite : « Donc, s'il » avenait que uns lerres eust emblé aucune » coze, et cil que la coze seroit, la tausist au » larron sans justice, et li lerres requeroit à » être ressaisis, avant toute œuvre il le ressai- » siroit, et puis, il convenroit trover bon garant » de la coze, ou il seroit justiciés du meffet. »

97. Ainsi, d'après Beaumanoir, celui qui a mérité la hart par un vol audacieux, celui-là doit être rétabli dans sa possession criminelle. Le propriétaire qui trouve sa chose occupée par un usurpateur, le propriétaire qui la voit enlever par un larron, ne peut en prendre la possession bien que ces spoliateurs n'aient aucune saisine, bien que leur détention soit momentanée, injuste, *mauvaise!* Voilà certes un grand sacrifice de la raison à la paix publique ; car la raison indique qu'il y a des cas où la voie de fait est autorisée pour user de son droit [1]. Mais pardonnons aux nécessités du temps. Les malheurs d'une société turbulente exigeaient peut-être ce frein. La violence n'avait que trop régné ; le moment était venu de mettre à sa place l'empire de la justice et du magistrat.

Notez, du reste, que les légistes de saint Louis ne pouvaient arriver logiquement à ce résultat qu'en subissant l'influence des constitutions impériales sur l'emploi de la violence. Tant que le droit romain est resté affranchi de ces constitutions, l'interdit *unde vi* n'a appartenu au possesseur expulsé sans violence armée qu'autant qu'il avait lui-même une possession pure de tout vice de violence, de clandestinité, de précarité [2]. Le préteur ne le rétablissait dans la possession dont il avait été privé que s'il prouvait qu'il n'était pas lui-même un possesseur injuste. Ce n'est que lorsque les empereurs eurent poussé si loin la haine de la voie de fait qu'ils décidèrent que le possesseur dépouillé perdrait sa propriété s'il se faisait justice à lui-même, ce n'est qu'alors, dis-je, que le droit romain changea de caractère et ne permit plus de distinguer entre le spolié qui possédait injustement et celui qui possédait avec droit.

Or, les légistes de saint Louis, qui repoussèrent, comme la législation impériale, les distinctions conformes à la raison, admirent-ils le principe de pénalité en vertu duquel ces anciennes distinctions avaient été effacées ? Non, et par là on aperçoit l'incohérence de leurs idées. Car il n'y avait pas de milieu raisonnable entre le droit romain des Pandectes et le droit romain des empereurs ; il fallait accepter l'un ou l'autre, tout entier, ou bien manquer aux règles du droit.

98. J'ai dit que les légistes de saint Louis restèrent en route par rapport au droit romain impérial ; et, en effet, le rétablissement du spolié ainsi opéré, il se présentait une difficulté. Dans le cas où le spoliateur ne s'était fait justice à lui-même que parce qu'il avait la saisine, que devenait cette saisine ? Fallait-il suivre les errements du droit romain ? fallait-il dire que tout était décidé sur la possession ? fallait-il même priver le propriétaire de sa chose ?

Il était difficile d'aller jusque-là ; et, bien que quelques sectateurs serviles du droit romain eussent voulu pousser l'imitation à ce renversement de tous les droits acquis, néanmoins Beaumanoir nous apprend que le rétablissement du spolié n'était que provisoire, et qu'il laissait les choses entières quant au possessoire et quant au pétitoire [3]. Toutefois, pour que force restât à la loi, celui qui s'était fait justice était condamné à une amende [4]. Il pouvait même être pris et arrêté comme violateur de la paix publique [5]. C'était un souvenir de la loi *Julia* qui mettait la violence au rang des crimes publics [6].

Ainsi donc, après le procès sur la spoliation, la voie était ouverte au spoliateur pour en intenter un autre sur la dessaisine. Beaumanoir rend compte de ce nouvel ordre de procédure [7]. Le débat continue entre Pierre et Jehans. Jehans, qui était défendeur tout à l'heure, devient demandeur en complainte, et il fonde son action sur ce que Pierre n'avait ni possession annale ni saisine, et que la dernière saisine appartenait à lui Jehans. Pierre oppose qu'on vient de plaider sur ce point ; que la saisine lui a été livrée par jugement ; qu'il n'est pas tenu de répondre à une nouvelle action possessoire ; que ce n'est que par le pétitoire seul qu'on peut l'attaquer. Mais cette défense est écartée, et voici pourquoi : Pierre n'a été ressaisi par le premier jugement que d'une possession momentanée. Or, la possession d'an et jour de Jehans, qui est une possession civile, n'a pas été effacée par une détention de fait [8].

99. On voit par là que cette action, imaginée par les légistes de saint Louis, ne ressemble à l'interdit *unde vi* des Romains que par des côtés très-imparfaits. L'interdit *unde vi* excluait toute autre voie possessoire ; la personne réintégrée avait la possession. Il ne restait plus que l'action pétitoire ; et encore, d'après

---

[1] *Suprà*, n° 95.
[2] Caius, IV, 154. Cicéron, *Pro Cæcina*, 32. Mon comm. de la *Prescript.*, t. 1, n° 309.
[3] Ch. 32, n° 22.
[4] *Id.*, n° 28.
[5] Anc. cont. de Bretagne, art. 119.
[6] Instit., *de interdict.*, § 6 ; Cujas, 1, *observ.* 20.
[7] Ch. 32, n° 24.
[8] Mon comm. de la *Prescript.*, t. 1, n° 296.

le dernier état du droit romain, cette action était-elle enlevée par forme de peine au propriétaire qui s'était fait justice. Au contraire, le rétablissement provisoire décrit par Beaumanoir réserve tous les droits; il ne fait obstacle ni à la complainte, ni à l'action en revendication.

Qu'était-ce donc que cette action en rétablissement? Elle n'est évidemment pas romaine. Était-elle du moins d'origine canonique? ne découlait-elle pas du droit pontifical? Nous allons donner tout à l'heure la réponse à cette question. Nous montrerons [1] que s'il est vrai de dire que l'action en réintégrande soit une émanation du droit canonique, il n'est pas exact de soutenir que cette action ait été constituée par les décrétales dans les conditions où l'ont placée les légistes de saint Louis.

100. Mais, puisque nous en sommes encore à Beaumanoir, achevons d'exposer sa doctrine dans son entier. Après la description des deux procédures que nous venons d'analyser, il donne une théorie sur l'emploi de la violence [2]. Je puis opposer la force à la force pour me défendre au moment où un usurpateur vient m'enlever ma chose. Mais il faut que ce soit ***présentement quant on me veut la force faire.*** Que si j'attends que la violence soit restée victorieuse, je ne puis ensuite recourir à la force pour ressaisir ce qui m'appartient. C'est à la justice que je dois m'adresser; c'est à elle seule à faire reconnaître mon droit.

Entre gentilshommes, cependant, on était bien éloigné de ces idées [3]. Si un gentilhomme s'emparait de quelque chose appartenant à la terre du gentilhomme voisin, ce dernier se saisissait d'une chose équivalente conquise sur la terre de l'usurpateur. Mais comme c'était ***droitement mouvement de guerre et de mortix haines, tels contragagements sont deffendus de pooir et de l'autorité du souverain le roy de France*** [4].

Maintenant, quelle est cette ordonnance royale à laquelle l'auteur fait ici allusion et qu'il signale comme ***une nouvelle voie de justiciar,*** comme ***una nouvelle rangeance contre cix qui font meffaits*** [5]? Les critiques les plus en crédit supposent qu'il veut parler des Établissements de saint Louis [6]. D'après le sens qu'il lui donne, l'ordonnance prévoyait tous les cas de violence, non-seulement les contregagements usités par les seigneurs, mais encore les voies de fait dont le procès de Pierre et de Jehans nous a donné un exemple. Beaumanoir la résume ainsi [7] : « Si je me doil (plains) » de ma coze c'on m'ait tolue ou efforcie, et je » le vois requerre par force, ou autre coze de » celle qui ce m'ara fait, je suis tenu à celi res- » saisir por la raison de la contreprise, et à li » rendre son dommage que je li arai fait en » contrependant, et sui queus de l'amende le » roy, etc., etc. »

Du reste, le nom de réintégrande n'est pas donné par l'auteur à cette action préjudicielle. Il ne lui attribue pas de dénomination spéciale.

101. On ne trouve pas non plus le nom de réintégrande dans les Etablissements de saint Louis. Voici le texte auquel Beaumanoir fait allusion et dont il tire les conséquences que nous avons vues : « Nul ne doit en nulle court » plaider dessaisi. Mais il doit demander saisine » en toute œuvre... et n'est mie tenu de repon- » dre dessaisis ne dépouillés, ne ne faire nulle » connoissance ne reponse, ne defense nulle, » selon le droit escrit en decretales, etc., etc. » Au premier coup d'œil, il semble que saint Louis n'a entendu que confirmer les principes du droit canonique et la règle ***Spoliatus ante omnia restituendus,*** si célèbre parmi les décrétistes. Tel est le sens que Delaurière attache à ce passage des Établissements [8]. C'est celui qui ressort naturellement de la citation des décrétales faite par le roi.

102. Or, qu'enseigne le droit canonique sur ce sujet?

Les décrétales du pape Grégoire IX ont un titre ***De restitutione spoliatorum*** [9]. La matière y est envisagée sous beaucoup d'aspects divers; un grand nombre de cas sont prévus; tous sont résolus par cette idée que la violence est un mal qu'il faut réprimer. Après les avoir médités [10], l'on peut avancer que l'action en réintégrande tire son nom du droit canonique [11], que c'est par lui qu'elle a été qualifiée (car les vieux monuments du droit français ne connaissent pas cette dénomination); et qu'enfin la maxime ***Spoliatus ante omnia restituendus*** appartient plutôt au domaine des canonistes qu'aux civilistes; ce qui a fait dire à Stockmann que la réintégrande était un ***remedium jure pontificio proditum*** [12], plutôt qu'une émanation des lois romaines [13].

Et cependant que décide en 1199 le pape Innocent III? que celui qui s'empare de la possession d'une chose à l'insu du maître absent peut être expulsé par ce dernier, même avec voie de fait et violence, et que cette expulsion ne donne à l'expulsé aucun interdit pos-

---

[1] *Infrà*, n° 102.
[2] N° 26.
[3] N° 28.
[4] Mon comm. de la *Prescript.*, t. 1, n° 290.
[5] N° 1.
[6] Delaurière sur les *Établiss.* L'édition de Beaumanoir, par Beugnot, attribue cette ordonnance à Philippe le Hardi, t. 1, p. 466. C'est une erreur.
[7] N° 28.
[8] Sur le liv. 2, ch. 6.
[9] Decret. Greg., lib. 2, tit. 13.
[10] Voy. le ch. 7 et le tit. 2, tit. 10, c. 4.
[11] Du canon *Redintegranda*, 3, 9. 1.
[12] Decis. 143.
[13] Constantio, l. 7, C., *ad leg. Jul. de vi publica.* Paul, l. 4, § 26, D., *de usucap.*

sessoire [1]. La raison en est fournie par les canonistes. Le spolié n'avait aucune possession civile; il était possesseur injuste et de mauvaise foi. Or, le spolié ne saurait réussir dans son action en réintégrande s'il ne prouve qu'il avait la possession [2].

103. Le pape Grégoire IX confirme en 1235 cette jurisprudence [3]. Sans doute, dit-il, celui qui agit comme spolié n'est pas tenu de répondre aux exceptions de ses spoliateurs; sans doute il doit avant tout être réintégré : mais cela n'est vrai qu'autant qu'il n'est pas lui-même un spoliateur. Car les défendeurs peuvent dans ce cas le faire déclarer non recevable dans son action en réintégrande : *Quanquam ab agendo, spoliatione ab eis in modum exceptionis proposita, repellatur.*

Tel est le droit canonique. Tel est le langage du bon sens, du bon ordre, d'une bonne police.

104. Mais est-ce là la théorie de Beaumanoir, cette théorie sans cesse invoquée pour justifier le caractère exceptionnel de l'action en réintégrande qu'il ne nomme même pas, tandis qu'on oublie les principes du droit canonique qui lui a donné son nom et ses caractères? nullement! Suivant Beaumanoir, le propriétaire expulsé de sa possession n'a pas le droit de rentrer chez lui; s'il se saisit de sa chose usurpée, il faut qu'il la rende provisoirement; il faut même qu'il la rende au larron qui la lui a ravie et sur qui il l'a reconquise. Vainement se retrancherait-on dans ce principe de sens commun, consacré, du reste, par les coutumes : *Icelui n'attente qui use de son droit* [4]. Non! il s'est fait justice à soi-même. Il a manqué au respect de l'autorité publique. Or, je le dis, c'est là pousser à l'excès le respect de la régularité. C'est sacrifier le droit sans raison suffisante; c'est mettre un niveau aveugle à la place de la pondération raisonnée du mérite de chacun.

105. Je veux bien cependant qu'au temps de Beaumanoir, l'utilité sociale ait eu de justes motifs de s'écarter du véritable sens du droit canonique rappelé par saint Louis; j'accorde que, pour extirper la fatale coutume des guerres privées, la pensée du saint roi et de ses interprètes ait pu dépasser la lettre des canons, et qu'on ait accordé aux besoins contemporains quelque chose de plus. Je ne chicanerai donc pas Beaumanoir sur l'esprit qu'il donne aux Etablissements, quoique la lettre ne s'y prête guère. Je ne lui opposerai pas les décrétales et leurs distinctions ineffaçables! Je consens à reconnaître que Beaumanoir est entré dans les véritables intentions d'un roi pacificateur. Mais, ceci accordé, il faudra bien me concéder, par réciprocité, que les circonstances extraordinaires qui avaient armé saint Louis et ses légistes ayant cessé, les mesures auxquelles les circonstances avaient donné naissance ont dû cesser également. Car ce n'est pas un droit fondé sur la raison, fondé sur les textes, fondé sur la coutume universelle et primordiale du royaume; il ne se soutient pas au point de vue des décrétales qu'il invoque; il ne se soutient pas au point de vue des principes essentiels de bon ordre et de morale. Je ne sais même si on ne pourrait pas lui refuser le nom de réintégrande que lui donne Henrion de Pansey. Car je ne trouve ce nom ni dans Pierre de Fontaines [5], ni dans les Établissements de saint Louis [6], ni dans Beaumanoir [7], ni dans Bouteiller [8]. L'action en réintégrande est qualifiée et caractérisée par le droit canonique et non par l'esquisse de Beaumanoir. Quand on parle de réintégrande, c'est donc au droit canonique qu'il faut demander conseil plutôt qu'à l'action sans nom de Beaumanoir.

106. Henrion de Pansey prétend que, bien que les Établissements de saint Louis ne fussent obligatoires que dans les domaines de la couronne, néanmoins la sagesse de la nouvelle jurisprudence sur la réintégration du possesseur dépouillé la fit adopter par tous les tribunaux, et qu'à la fin du quatorzième siècle elle était généralement reçue [9]. Henrion invoque Bouteiller à l'appui de cette assertion [10]. Cet auteur est cependant bien loin de la justifier. Car il ne fait qu'assimiler *l'action de nouvelleté de force* au remède de l'interdit *unde vi*, et il remarque que cette action est celle que les clercs appellent *unde vi*. Mais qu'est-ce que cela, sinon cette manie de nos vieux praticiens de tout rapporter au droit romain, manie dont le conseil de Pierre de Fontaines porte l'empreinte à un si haut degré? Mais est-ce à dire qu'on ne reconnaissait pas de différence entre l'action de nouvelleté de force et l'interdit *unde vi?* Brodeau remarque très-bien que la réintégrande « *est au lieu de l'interdit* UNDE VI, *quoiqu'il y ait de la différence* [11]. » Différence énorme, en effet; car même en prenant la réintégrande au point de vue de Henrion, peut-on comparer l'interdit *unde vi*, qui statuait sur la possession d'une manière définitive [12], à cette réintégrande qui laisse la possession en suspens? Peut-on voir l'interdit *unde vi* dans cette même réintégrande

[1] Cap. 13.
[2] Gibert, *Corpus juris canonici*, t. 3, p. 223, sect. 9, n° 5.
[3] Decret. Greg. lib. II, tit. 10, c. 4.
[4] Bretagne, art. 110, et d'Argentré sur ce texte.
[5] Écrit vers 1253 (édit. de Marmier). Voy. le ch. 32, n°s 1 et 17, et ch. 29, n° 19.
[6] En 1270.
[7] Vers 1283 (édit. Beugnot, p. cxxj).
[8] Tit. 27.
[9] Ch. 52, p. 464 (dernière édit.).
[10] Ch. 27.
[11] Sur Paris, art. 96, p. 85.
[12] Mon comm. de la *Prescription*, *loc. cit.*

qui permet au spoliateur de revenir ensuite par complainte, lorsque la suite de l'interdit *unde vi* était de priver le propriétaire, par forme de peine, de la maîtrise même de sa chose qu'il s'était permis de reprendre par force [1]?

107. Du reste, je ne vois pas que les coutumes aient quelque part consacré la forme nouvelle et expéditive donnée par Beaumanoir au rétablissement du possesseur spolié. Toutes englobent la réintégrande dans la complainte; toutes consacrent le vieux droit, savoir, que la dessaisie par force n'est pas autre chose qu'un cas de complainte. Toutes passent sous silence les innovations retracées par Beaumanoir. « Action *pour spoliation*, dit la coutume de Cambrai, s'intente par complainte et clain de rétablissement dedan l'an [2]. » Si le mot de spoliation n'est pas écrit dans les autres coutumes plus anciennement françaises que la coutume de Cambrai, c'est qu'à partir de la seconde moitié du quatorzième siècle, les savants en procédure avaient dit au possesseur dépouillé par force : « Gardez-vous de vous avouer dessaisi, spolié [3], car autrement il faudrait suivre la procédure d'applegement [4]. La spoliation n'empêche pas que vous ne restiez saisi. La force ne vous a fait perdre que la possession de fait; mais par l'intention vous avez conservé la possession de droit, la saisine [5]. Ne parlez donc dans votre complainte que de simple trouble; la force n'est qu'un trouble. N'intentez pas la complainte de force et de dessaisine qui vous jetterait dans toutes les longueurs d'une procédure formaliste. N'intentez que la complainte en cas de saisine et de nouvelleté. »

108. En présence de cette jurisprudence sur le cas de spoliation ou d'expulsion, il est bien difficile de croire à l'adoption générale et au maintien de la procédure de Beaumanoir, de cette procédure qui s'inclinait devant une possession méritant la hart! J'aime mieux m'en rapporter à Delaurière, dont le passage suivant mérite d'être cité : « Il n'y eut plus de complainte de force et de dessaisine, mais *dans tous les cas* on n'intenta plus que la complainte en cas de saisine et de nouvelleté, *parce que la force et la dessaisine* furent considérées comme nouveau trouble [6]. »

Et, en effet, en étudiant avec plus de soin les sources du droit canonique, on s'aperçut qu'il ne fallait pas fermer les yeux sur cette possession dont le spolié se prétendait expulsé, et que, dès lors, on était ramené à la complainte de force, qui était la vraie réintégrande.

109. Je sais bien que quelquefois l'on procédait extraordinairement et criminellement contre le spoliateur [7]. C'est ce qui avait lieu lorsqu'il y avait assemblée illicite, port d'armes, coups et menaces, méfaits, etc., etc. [8].

Mais nous ne nous occupons ici que de l'action civile; or, cette action n'était pas autre chose qu'une complainte; et, comme telle, elle était soumise à toutes les conditions de la complainte.

110. Et il ne faut pas dire que par là on s'écartait de la règle canonique *Spoliatus ante omnia restituendus*. Au contraire, on y restait fidèle [9]. Car, pour se dire dessaisi de la possession, il faut avoir eu la possession. *Remedium redintegrandæ*, disait Decius [10] cité par Brodeau [11], *requirit probationem possessionis quam secuta sit spoliatio*. Car, lorsque celui qui a une possession légitime est supplanté par un usurpateur et qu'il expulse cet usurpateur, comment ce dernier peut-il se dire possesseur? Comment peut-il faire apparaître de cette possession légitime qui est le fondement de toutes les actions possessoires? Ne manque-t-il pas à la condition essentielle de l'application de la maxime *Spoliatus ante omnia restituendus*, qui est d'avoir possédé [12]? « Duo enim probare debet qui petit restitui : 1° se possedisse, 2° et spoliatum fuisse. » Ce sont les paroles des canonistes.

111. Et ce serait une objection sans valeur que de dire, avec Beaumanoir, qu'il suffit d'une possession telle quelle, même mauvaise, même emportant la hart. Car le droit canonique a pris soin de s'expliquer à cet égard : il faut une possession qui ne soit pas une usurpation violente, de mauvaise foi et de voie de fait.

112. Aux autorités que j'ai citées dans mon commentaire de la *Prescription* [13], pour démontrer cette vérité, j'ajoute celle de Papon qui est topique [14] :

« Un possesseur spolié par force doit premier être réintégré en sa possession, et n'est recevable le spoliateur à opposer droit de propriété ou de possession que la réintégrande ne soit exécutée, qui est privilégiée.

» On y fait trois limitations :

» L'une si le défendeur veut soutenir qu'il

[1] Instit., *de interdictis*, n° 6.
[2] Tit. 25, art. 26.
[3] Loisel, 5, 4, 11.
[4] Mon comm. de la *Prescription*, t. 1, n°s 298, 299.
[5] Delaurière sur Paris, *préface* de l'art. 96, et Glossaire, v° *Complainte*.
[6] *Loc. cit.*
[7] Brodeau, n° 85.
[8] Brodeau, n° 85.
[9] Voy. en ce sens, dans mon comm. de la *Prescription*, t. 1, n° 297.
[10] Conseil 671, n°s 1 et 2.
[11] Sur l'art. 96, n° 1.
[12] *Junge* mon comm. de la *Prescription*, *loc. cit.*
[13] Mon comm. de la *Prescription*, *loc. cit.*
[14] Arrêts, liv. 8, tit. 5, art. 1.

» était lui-même possesseur naturel et paisible;
» car par ce fait il exclut la possession prétendue par le demandeur, lequel, par conséquent, n'a pu être dépossédé, *ut dicit Abbas* » *sic in d. cap.;* CAR CE N'EST SPOLIATION DE » CONTINUER SA POSSESSION. »

Que conclure de là?

C'est que cette doctrine nous ramène aux conditions de la complainte; c'est que la réintégrande n'est qu'un des cas de la complainte. Rien n'est plus évident; rien ne me paraît mieux démontré. En un mot, les coutumes, les doctrines, le droit canonique, tout se trouve d'accord.

113. Ce qu'il y a de remarquable dans le système de Henrion de Pansey, c'est que depuis Beaumanoir il ne cite aucune autorité décisive qui vienne à l'appui de la procédure exposée par le vieux rédacteur des coutumes du Beauvoisis du XIIIe siècle; il arrive de plein saut à Louis XIV et à l'ordonnance de 1667. Là, il trouve écrit le mot réintégrande, et rien que ce mot (dont Beaumanoir ne s'est jamais servi) lui suffit pour lier la jurisprudence du XVIIe siècle avec celle du temps de saint Louis, et expliquer celle-là par celle-ci. Mais, je le répète, la réintégrande (la chose et le mot) nous vient du droit canonique. Servons-nous donc du droit canonique, et non pas de Beaumanoir, pour savoir ce qu'est la réintégrande; et quand nous trouvons que les canons sont d'accord avec les coutumes et les auteurs pour donner à la réintégrande des caractères et des conditions différentes de la procédure de Beaumanoir, je crois qu'il n'y a pas à hésiter sur le sens du mot réintégrande employé par l'ordonnance de 1667.

114. Aussi qu'est-il arrivé? C'est que depuis l'ordonnance de 1667, comme avant, les auteurs français les plus nombreux et les plus accrédités ont placé la réintégrande au nombre des variétés de la complainte. Je ne veux pas répéter ici les citations que j'ai accumulées dans mon commentaire de la *Prescription* [1]. Il me suffit de citer Ferrières, Duplessis, Bourjon, Duparc-Poullain, Lanjuinais, un arrêt du parlement de Bretagne du mois d'avril 1770. « La réintégrande, dit le premier de ces auteurs, est une action qui n'est pas distinguée » de la complainte, mais qui est comprise sous » icelle [2]. »

Et c'est en présence de tout cela qu'on exhume un fragment de Beaumanoir qui, à lui seul, effacerait ces autorités et dominerait les intérêts modernes avec la procédure établie pour une époque si différente de la nôtre! Je crois que la législation de notre temps doit s'interpréter par les doctrines de notre temps. Beaumanoir, invoqué comme le commentateur de l'art. 23 du Code de procédure civile, n'est qu'un anachronisme. Et puis, quand on parle de l'ancien droit français, on devrait savoir que Beaumanoir n'en est pas l'unique interprète, et qu'il y a eu entre lui et nous d'autres interprètes également respectables qui donnent au droit français une autre physionomie.

115. Enfin, qu'opposer au texte même de cet article 23? N'embrasse-t-il pas toutes les actions possessoires sans exception? Ne subordonne-t-il pas la recevabilité de toutes ces actions à la condition d'avoir une possession annale? Est-il permis à Beaumanoir d'introduire dans cet article une exception que repousse son texte?

116. A la bonne heure! dira-t-on. Mais avant l'art. 23 du Code de procédure civile se trouve l'article 2060 du Code civil qui parle de la réintégrande d'une manière expresse. Eh! qu'importe? répondrai-je, s'il est prouvé qu'à l'époque à laquelle l'article 2060 a été édicté, le mot réintégrande avait un sens et une portée différente de vos idées! L'article 2060 parle de la réintégrande comme en parlait l'ordonnance de 1667, sans la définir, et en s'en référant à la doctrine et à la jurisprudence contemporaines. La jurisprudence de Beaumanoir n'aurait de valeur pour éclaircir l'ordonnance de 1669 et l'article 2067 qu'autant qu'elle serait conforme à la jurisprudence contemporaine, et c'est ce qui n'est pas.

117. Voyons d'ailleurs le texte de l'art. 2060; voyons si les doctrines de Beaumanoir ne sont pas inconciliables avec sa disposition. Ce texte a, en effet, cela de remarquable, que ce n'est pas un possesseur provisoire, momentané, tel quel, qu'il suppose réintégré. C'est un propriétaire dépouillé par voie de fait. Que nous disait Beaumanoir? que le voleur lui-même est privilégié pour obtenir sa ressaisine de mauvaise foi; qu'il doit être rétabli dans sa possession bien qu'elle emporte la hart! Eh bien! je supplie ceux qui nous reportent à Beaumanoir pour expliquer l'article 2060 du Code civil de me dire si une telle pensée a place dans l'article 2060. Je les adjure de se demander, dans leur conscience, si cet article n'appartient pas à un ordre de vues tout différent de la réintégrande. Il est étonnant dès lors que l'arrêt du 28 septembre 1826 [3] ait vu dans notre article la consécration du système qui accorde à tout *spolié quelconque*, même à l'usurpateur, la réintégrande. Quand l'article 2060 vient au secours du propriétaire dépouillé, on n'est pas maître d'en faire l'égide du possesseur momentané et intrus, qui n'a qu'une possession matérielle, une occupation de fait, vicieuse et répréhensible. Notre article a voulu venir au secours de la propriété; il sévit contre celui qui s'empare du fonds d'autrui [4]. Il ne tient pas de

[1] N° 302.
[2] Préface du tit. 4, art. 96, n° 25.

[3] Cité *suprà*, n° 84.
[4] Bigot (Fenet, t. 15, p. 165).

compte des possesseurs passagers et de mauvaise foi, qui n'ont pas les insignes de la propriété.

118. J'admets cependant que le mot propriétaire peut n'être pas pris avec une rigueur littérale dans l'article 2060, et qu'on peut l'étendre au possesseur [1]. J'admets que, s'agissant d'une action possessoire, le juge de paix n'a pas à rechercher le droit de propriété, de peur de cumuler ainsi le possessoire avec le pétitoire. Mais au moins faut-il que le plaignant soit investi de la possession qui fait présumer la propriété, c'est-à-dire de la possession annale [2]. En ce sens donc, l'article 2060 est parfaitement d'accord avec l'article 23 du Code de procédure civile.

119. Après cette digression, nécessaire pour rendre à l'action en réintégrande, mentionnée par notre article, son véritable caractère, nous n'avons plus qu'un mot à dire pour fixer le sens du § 2 de l'article 2060.

Le propriétaire, ou, si l'on veut, le possesseur annal dépouillé, doit obtenir le délaissement du fonds usurpé par voie de fait, sous la sanction de la contrainte par corps.

Il doit obtenir, avec la même sanction et le même moyen coercitif, la restitution des fruits perçus pendant l'indue possession, ainsi que les dommages et intérêts qui lui sont adjugés.

120. Et, ici, la contrainte par corps n'est pas laissée à l'arbitrage du juge. Non! le magistrat saisi de l'action possessoire n'a pas la faculté de la prononcer ou de ne la prononcer pas. La contrainte par corps est impérative. La refuser au demandeur serait un véritable déni de justice [3].

121. Si la dépossession avait eu lieu sans voie de fait, c'est-à-dire sans force, violence, expulsion, ce ne serait pas le cas véritable de réintégrande, et la contrainte par corps n'aurait pas lieu.

122. Quant à ce qui concerne la restitution d'un fonds usurpé, ordonnée au pétitoire sur une action en délaissement ou en revendication, la contrainte par corps édictée par l'article 2060 ne s'étend pas à ce cas. Il faut recourir aux dispositions spéciales de l'art. 2061 [4].

§ 3. *Répétition des deniers consignés entre les mains des personnes publiques établies à cet effet* [5].

123. D'après le troisième § de l'article 2060, la contrainte par corps existe pour la répétition des deniers consignés entre les mains de personnes publiques établies à cet effet.

Puisque la contrainte par corps est attachée à la restitution du dépôt nécessaire, elle doit, par identité de raison, atteindre les personnes publiques établies pour recevoir les deniers dont la consignation doit être légalement faite entre leurs mains. D'une part, lorsque la justice a ordonné la consignation, elle répond elle-même des deniers consignés, et tous les moyens doivent être employés pour que la foi qu'elle inspire ne soit pas trompée [6]. D'un autre côté, la consignation opérée chez l'officier public préposé à cet effet participe du dépôt nécessaire [7]. Sous ce rapport, notre § n'est qu'un corollaire du § 1er [8].

124. Mais, pour que ce § trouve son application il faut que le consignataire soit une personne publique et qu'elle soit établie à l'effet de recevoir la consignation [9]. Ces deux conditions résultent des termes de notre article; elles sont indispensables.

C'est ce qui a été jugé par arrêt de la cour royale de Nancy du 18 mai 1827, rendu sur mes conclusions conformes [10].

Dans l'espèce de cet arrêt, Cerf-Berr et consorts avaient trouvé moyen de se faire remettre par le receveur général de la Meurthe une somme de 18,026 fr. consignée chez ce fonctionnaire par un sieur Berr de Turique. Pour y parvenir, ils avaient eu recours, à ce que l'on disait, à des réticences, à des dissimulations de pièces, qui avaient surpris la bonne foi du receveur général. Ce dernier exerça un recours contre eux, et pour obtenir la contrainte par corps, il soutenait que, se trouvant exposé à cette mesure de rigueur par le fait de Cerf-Berr et consorts, il était juste de lui en accorder l'exercice récursoire. — Ce système était spécieux; il avait même une couleur d'équité qui le rendait favorable. Néanmoins, il échoua et il devait échouer. La cour ne crut pas pouvoir

---

[1] Gary (Fenet, t. 15, p. 178). La contrainte par corps doit avoir lieu contre celui qui est condamné à remettre un héritage *ou possesseur* ou au propriétaire.

[2] Mon comm. de la *Prescription*, t. 1, n° 226.

Décidé en Belgique qu'il ne faut pas une possession annale à titre non précaire pour exercer l'action en réintégrande; Br., cass., 27 avril 1843 (*Bull.*, 1843, p. 216).

L'art. 9 de la loi belge du 25 mars 1841 paraît avoir eu pour but de faire de la réintégrande une action possessoire *sui generis*, n'exigeant pas la possession annale.

[3] Coin-Delisle, p. 28, n° 1. *Suprà*, n° 11.

[4] *Infrà*, n° 186.

[5] L'administration chargée du séquestre des biens de la famille d'Orange-Nassau, ne peut agir pour voie de contrainte pour le recouvrement d'une créance appartenant au roi de Hollande comme personne privée. Br., 27 mai 1835, *J. de B.*, 1835, 2, 208.

[6] Bigot, *Motifs*; Fenet, t. 15, p. 162.

[7] *Id.*

[8] Voy. ordonn. de 1667, tit. 34, art. 4; et loi du 15 germinal an VI, tit. 1, art. 3. Pothier, *Procéd. civ.*, titre *de la contrainte par corps*. *Infrà*, n° 455.

[9] Coin-Delisle, p. 15, n° 6, sur l'art. 2060.

[10] Dall., 27, 2, 199. Sirey, 27, 2, 220.

ajouter aux dispositions de l'article 2060; c'est en vain que le receveur général se retranchait derrière l'autorité du chancelier d'Aguesseau, toute favorable à son système, toute précise sur la question [1]. Les lois nouvelles ne permettent pas de prononcer la contrainte par corps par analogie.

125. Voyons maintenant quelles sont les personnes publiques préposées à l'effet de recevoir les consignations [2]?

Quand il s'agit de consignations judiciaires, la caisse des dépôts et consignations ayant été instituée pour les recevoir [3], c'est elle qui en a la responsabilité. Son caissier à Paris, ses préposés dans les départements, sont donc contraignables par corps pour remettre à la partie qui a droit les sommes consignés. Des précautions ont été prises par les règlements pour que cette remise s'opère sans précipitation comme sans lenteurs préjudiciables. La caisse doit d'abord être constituée en demeure; et, dans la réquisition de remboursement adressée au préposé, il doit y avoir une élection de domicile faite au lieu où il demeure, et une offre de remettre les pièces à l'appui de la demande. Le préposé appose son visa sur l'original. S'il remarque des irrégolarités dans les pièces, s'il a entre les mains des oppositions, il a alors juste sujet de refuser le payement des deniers jusqu'à ce que la partie lui rapporte des pièces régularisées ou lui signifie mainlevée des oppositions. Le préposé n'est contraignable que dix jours après, à moins qu'un jugement n'ait déclaré son refus de payer mal fondé [4]. Dans ce dernier cas, la contrainte par corps est actuelle; elle est impérative, et non facultative.

126. Quoique la caisse des dépôts et consignations ait le privilége des consignations judiciaires, il y a cependant certains cas particuliers où des officiers publics, étrangers à sa gestion, sont consignataires de sommes d'argent en vertu de la mission qu'ils tiennent de la justice.

Ainsi, les huissiers sont responsables des deniers comptants trouvés chez le saisi, en attendant que le dépôt en soit fait par eux à la caisse des consignations ou dans les mains d'un séquestre [5]. L'huissier est donc contraignable par corps jusqu'à ce qu'il se soit déchargé entre les mains de qui de droit [6].

Ainsi encore, les geôliers sont consignataires nécessaires et publics des sommes remises entre leurs mains par le débiteur incarcéré pour désintéresser le créancier [7]. Ils sont donc contraignables par corps s'ils ne remettent pas ces sommes au créancier, ou, à son refus, à la caisse des dépôts et consignations.

127. Les consignations volontaires peuvent se faire à la caisse des dépôts et consignations [8]. Ses préposés étant personnes publiques, établies dans cet autre but, il s'ensuit qu'ils sont contraignables par corps pour la remise de ces consignations. C'est ce qui résulte de l'art. 7 de la loi du 28 nivôse an XIII et de l'art. 10 de la deuxième ordonnance du 3 juillet 1816.

128. Et ceci n'est pas en désaccord avec notre article; car le texte que nous analysons n'attache pas la contrainte par corps au cas précis, unique, où il s'agit de consignations ordonnées par jugement. Il est remarquable que l'art. 2060 ne s'inquiète pas de l'origine de la consignation. Qu'elle soit judicisire, qu'elle soit même volontaire, peu importe. Il suffit qu'elle soit effectuée entre les mains de personnes publiques établies à cet effet et par les mains desquelles il faut nécessairement passer [9].

129. C'est pourquoi, si une partie remet une somme d'argent à un huissier pour qu'il en fasse offre reelle ou la consigne [10], cet officier ministériel sera contraignable par corps pour représenter, conformément à son mandat, la somme qu'il a reçue. Il est dans toutes les conditions de l'art. 2060; il est personne publique, il est établi pour faire les offres réelles, et la partie ne peut se passer de son ministère [11].

Ce que nous disons d'un huissier, nous pouvons l'appliquer à d'autres ordres de fonctions, par exemple aux agents de change qui ont reçu, et nécessairement reçu, les fonds qui font l'objet de la négociation [12].

130. L'art. 2060 ne parle que des deniers consignés. *Quid juris* des corps certains?

L'ordonnance de 1667 [13] et de la loi du 15 germinal an VI [14] se servaient d'expressions générales qui comprenaient à la fois les deniers et les corps certains : « pour consignation » entre les mains de personnes publiques, » sans spécifier si la consignation était de sommes d'argent ou de corps certains.

[1] Voy. sa lettre du 3 nov. 1736 rapportée dans le recueil des ordonn. d'Alsace, t. 10, p. 144, et par Merlin, *Quest. de droit*, v° *Contrainte par corps*, § 5. Je reviens là-dessus, *infrà*, n° 143.
[2] Voy. *infrà*, n° 136.
[3] Ordonn. régl. du 3 juillet 1816.
[4] Ordonn. du 3 juillet 1810, art. 15 et 16.
[5] Art. 590, C. proc. Ordonn. du 3 juillet 1816, art. 2, § 7.
[6] Coin-Delisle, p. 15 et 16.
[7] Art. 798, 800, § 2, 802 du C. de proc. Ordonn. du 3 juillet 1816, art. 2, § 60.
[8] Autre ordonn. du 3 juillet 1816; et loi du 28 nivôse an XIII, art. 7.
[9] Pothier, *Procédure civile*, titre *de la contrainte par corps*. Coin-Delisle, p. 15.
[10] Art. 1258, 1259, C. civ. *Infrà*, n° 172.
[11] Pothier, *loc. cit.*
[12] Pothier, *loc. cit.*
[13] Tit. 34, art. 4.
[14] Tit. 1, art. 3.

Le § 3 de l'art. 2060 a voulu être plus restrictif : il ne parle donc que des deniers, sachant bien que dans les autres paragraphes qui suivent il trouverait le moyen de s'occuper des choses ou des corps certains. Aussi est-ce ce qu'il a fait dans le § 4 que nous allons commenter.

131. Notre paragraphe n'a en vue que les rapports des particuliers avec les dépositaires publics. Quant aux rapports de l'État avec ses propres dépositaires, nous nous en occuperons dans le commentaire de la loi de 1832 [1].

§ 4. *Contrainte par corps en cas de séquestre et garde.*

132. Le § 4 de l'art. 2060 prononce la contrainte par corps pour la représentation des choses déposées aux séquestres, commissaires et autres gardiens.

La première question qui se présente ici est celle de savoir si les séquestres dont parle l'art. 2060 sont tous les séquestres quelconques, c'est-à-dire les séquestres conventionnels et les séquestres judiciaires, ou bien si ce sont seulement les séquestres de la seconde espèce [2]. Dans l'ancienne jurisprudence, c'était aux seuls séquestres établis par ordonnance de justice que la contrainte par corps était applicable [3]. Coin-Delisle pense que l'article 2060 ne peut s'entendre que des séquestres judiciaires. Il invoque l'exposé des motifs fait par Bigot ; il se prévaut de ce que le mot *séquestre* ne peut être pris dans un sens plus large que les mots *et autres gardiens* qui désignent le genre dont les séquestres sont l'espèce. Il ajoute que le séquestre conventionnel n'est qu'un dépositaire volontaire.

Ces raisons ont de la force. Ce n'est pas que le discours de Bigot de Préameneu offre quelque chose de parfaitement topique [4] ; mais l'ensemble de ses idées et son point de départ semblent rentrer dans la solution de Coin-Delisle. On peut joindre à cette autorité celle des tribuns Gary et Goupil de Préfeln ; la raison qui leur paraît légitimer la contrainte par corps contre le séquestre, c'est qu'il a *contracté avec la justice* [5]. Or, le séquestre conventionnel ne contracte pas avec la justice. Tout procède en cette matière de la volonté des parties, « *ex contrahentium voluntate et conventione proficiscitur* [6]. » Il n'y a que le séquestre judiciaire qui, soit qu'il soit nommé par les parties, soit qu'il soit nommé par les magistrats, contracte avec la justice qui a ordonné le séquestre [7].

133. Après les séquestres viennent, dans le § 4, les *commissaires*. C'est un emprunt fait à l'ordonnance de 1667 [8]. A l'époque où fut promulguée cette ordonnance, il y avait des commissaires aux saisies réelles, chargés du dépôt et de l'administration des objets saisis [9]. La mission dont ils étaient investis en vertu de la loi les soumettait à la contrainte par corps au même titre que les séquestres ; car eux aussi contractaient avec la justice.

Aujourd'hui, les commissaires aux saisies réelles n'existent plus. Si l'article 2064 en fait mention, c'est qu'on ignorait, au moment de la rédaction du Code civil, ce qui serait statué à cet égard dans le Code de procédure civile [10]. Cette disposition est donc désormais sans application.

On ne sera pas tenté du reste de l'étendre aux juges-commissaires des faillites, et encore moins aux magistrats rapporteurs, qui en cette qualité sont dépositaires des pièces d'une affaire. Une telle extension serait arbitraire, irrévérencieuse, abusive. Ce n'est pas avec la contrainte par corps que la loi a entendu tenir en éveil le zèle des magistrats.

134. Mais ne pourrait-on pas soutenir qu'au moins le mot commissaire comprend les syndics d'une faillite ?

Pour résoudre cette question dans un sens négatif ou affirmatif, il ne faudrait pas se prévaloir d'un arrêt de la cour de cassation du 19 janvier 1819 [11], quelquefois cité à cette occasion ; car cet arrêt est rendu dans une espèce qui n'a rien de commun avec la nôtre. Quelle en est la thèse ? Que les syndics d'une faillite qui, au nom de la masse, ont contracté des engagements envers des tiers, peuvent être condamnés à la contrainte par corps, non pas en leur nom personnel, non pas en leur personne privée, mais comme représentant la masse des créanciers. Ici il ne s'agit pas de simples engagements contractés avec des tiers. Nous avons en vue le cas où les syndics, par suite de leurs fonctions, sont dépositaires de deniers, d'effets appartenant à la masse, et sont recherchés par

[1] *Infrà*, nos 445 et 455.
[2] Sur la distinction du séquestre judiciaire et du séquestre conventionnel, voy. mon comm. du *Dépôt*, nos 247, 276, etc.
[3] Pothier. *Procéd. civile*, titre *de la contrainte par corps*, p. 350.
[4] Fenet, t. 15, p. 162.
[5] Fenet, t. 15, p. 179 et 188.
[6] Favre, cité par moi, *Dépôt*, no 247.
[7] Voy., *infrà*, nos 138, 139, 140, quelques cas de séquestre judiciaire qui se confondent avec des cas de garde.
[8] Art. 4, tit. 34.
[9] Merlin, *Répert.*, vo *Commissaire aux saisies réelles*.
[10] Coin-Delisle, p. 16, no 12. La disposition du no 4 de l'art. 2060 du C. civ. n'est pas applicable à un détenteur de pièces, en qualité de simple mandataire non commis par justice. — Br., 17 mars 1830. *J. de B.*, 1830, 1, 209 ; *J. du* XIXe *s.*, 1821, 3, 198 ; Dalloz, t. 6, p. 358, no 5, dans ce sens.
[11] Req. Merlin, *Quest. de droit*, vo *Syndic*, § 1. Devill., 6, 1, 6.

la masse pour les représenter. Dans ce cas, donc, peut-on dire qu'ils sont tenus par corps, comme commissaires ou commis par la masse, pour agir dans l'intérêt de la faillite?

Je ne le pense pas. Ce serait donner au mot commissaire une extension qui n'a jamais été dans la pensée du législateur. Il ne faut pas forcer le sens des expressions légales.

135. Mais du moins ne pourrait-on pas dire que ces syndics pourront être frappés de la contrainte par corps comme mandataires ou dépositaires commerciaux? Ceci est un autre point de vue; je ne le crois pas meilleur que le précédent.

Si les syndics jouent le rôle de mandataires [1], il n'est pas possible de dire que leur mandat est commercial. Leur fonction n'est pas une spéculation; ils n'administrent pas pour faire acte de commerce dans leur intérêt. Quant au dépôt effectué entre leurs mains, il se rattache à leur mandat; il en est un corollaire et une suite; il n'empêche pas la qualité de mandataire de prédominer, et, partant, on ne pourrait pas chercher dans la qualité de dépositaire, qui n'est que secondaire et accessoire, des raisons plausibles pour s'armer des mesures de rigueur propres au dépôt [2]. Dans tous les cas, le dépôt n'est pas plus favorable à la contrainte par corps; car il n'est pas non plus un dépôt commercial [3], et ce serait vainement qu'on placerait parmi les dépôts nécessaires un tel dépôt.

136. Enfin, pour tout prévoir, ne pourrait-on pas mettre les syndics dans la classe des personnes publiques établies pour recevoir des consignations et des dépôts? Ce serait encore une vaine tentative. Les syndics ne sont pas des personnes publiques. Quoique nommés par le tribunal, ils n'ont pas un caractère public, une mission publique; ils agissent dans un intérêt privé qu'ils représentent. La véritable manière d'atteindre les syndics, c'est de les prendre comme comptables, ainsi que nous le verrons plus bas [4].

137. Après les séquestres et les commissaires, le 4e § de l'article 2060 s'occupe des gardiens, c'est-à-dire des personnes commises par la loi pour conserver les biens placés sous la main de la justice [5]; il emploie ces expressions générales : *et autres gardiens*, comme pour montrer que les séquestres, les commissaires et les gardiens appartiennent tous au même ordre de fonctions, et que ce sont ceux-là seuls qui contractent avec la justice.

Nous avons parlé, dans notre commentaire du *Dépôt* [6], des gardiens aux saisies de meubles [7], et nous avons montré le caractère judiciaire du dépôt qui leur est confié. Nous avons vu la contrainte par corps s'étendant jusqu'à eux pour la représentation des objets saisis [8].

138. Peut-on placer dans la même catégorie le gérant à l'exploitation d'un immeuble établi par le juge de paix dans le cas de l'article 594 du Code de procédure civile? Il est difficile de ne pas se ranger à l'affirmative [9]. La personne ainsi préposée par le juge de paix, pour remplacer le fermier saisi dans ses meubles aratoires et empêché dans son exploitation, est généralement considérée par les auteurs qui ont écrit sur la procédure comme un gardien [10]. Vainement dirait-on que le rôle du gardien se renferme dans la fonction oisive d'un dépositaire surveillant, et qu'il doit rester étranger à des actes qui rentrent dans la sphère du mandat. L'on sait, en effet, que le mandat et le dépôt se trouvent souvent mêlés ensemble, sans néanmoins se confondre et s'effacer; que le mandat reste mandat quoique des agissements tenant du dépôt s'y trouvent joints; que réciproquement le dépôt n'en conserve pas moins son caractère distinctif et sa nature spéciale, bien que le dépositaire soit tenu de faire certains actes qui ont les couleurs du mandat [11]. C'est pourquoi le séquestre d'immeubles, quoique vrai dépositaire, trouve dans son office certains devoirs qui participent du mandat, comme recueillir les fruits, vendre les choses périssables, renouveler les baux, etc. [12]. C'est ici ce qui arrive pour le gardien dont s'occupe l'article 594 du Code de procédure civile. Quoique gérant d'une exploitation, quoique subrogé au fermier empêché, il n'en est pas moins en premier ordre un gardien de la chose, un dépositaire judiciaire, une sorte de séquestre dans le sens impropre et étendu que ce mot reçoit quelquefois de la bouche même du législateur [13].

139. Nous attribuons le même caractère au gérant qui serait établi, par imitation de la disposition de l'article 594, pour la gestion d'un moulin, d'un pressoir, d'une usine, lorsque les ustensiles en sont saisis [14].

---

[1] Mon comm. du *Mandat*, n° 35, art. 462, C. de comm. Sur leur nomination par le tribunal, rapport de Tripier à la chambre des pairs, rapporté dans Renouard, *des Faillites*, t. 1, p. 414. Arrêt de Lyon de 1836, rapporté par Renouard, t. 1, p. 432.
[2] Mon comm. du *Dépôt*, nos 26, 29, 30.
[3] Coin-Delisle, p. 87, n° 22. *Infrà*, n° 371.
[4] Nos 241 et 371.
[5] Pothier, *Procéd. civ.*, p. 351.
[6] Nos 277, 279, 281.
[7] Art. 596, 628, 821, 823, 830, 914, C. proc. Articles 106, 172, 200, 594, C. de comm.
[8] Nos 283, 285.
[9] Coin-Delisle, p. 16.
[10] Carré (édit. Chauveau), n° 2049. Favard de Langlade, t. 5, p. 27, n° 5. Thomine, t. 2, p. 110. — Édit. belge, n° 659.
[11] Mon comm. du *Dépôt*, nos 23, 32.
[12] *Id.*, n° 268.
[13] *Id.*, nos 275, 277.
[14] Carré, *loc. cit.*, n° 2048.

140. Ce sont aussi des gardiens que ceux que les tribunaux de commerce nomment, en cas de faillite, pour la gestion d'un établissement industriel dont la fermeture causerait préjudice à la masse [1]. Ils sont dépositaires judiciaires, ils sont séquestres commis par justice. On sait que, malgré les différences que l'exactitude juridique relève entre le dépôt judiciaire et le séquestre judiciaire, le premier est souvent appelé, même par le législateur, du nom de séquestre [2].

141. Quelquefois c'est le saisi lui-même qui est constitué gardien, comme par exemple dans le cas de saisie-gagerie [3]. La contrainte par corps est applicable à ce gardien aussi bien qu'à tous autres. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêt de cassation du 23 brumaire an x, rendu conformément aux conclusions de Merlin [4]. La propriété de la chose a beau reposer sur sa tête; la saisie a placé cette chose sous la main de la justice, et le saisi est un vrai dépositaire judiciaire, un véritable gardien, responsable envers la justice dont il a reçu mission.

142. Dans tous les cas énumérés ci-dessus, la contrainte par corps a lieu impérativement, et non d'une manière facultative pour le juge [5]. Elle est prononcée, non-seulement pour la restitution de la chose, mais encore pour la représentation de cette même chose. Il faut que les tiers intéressés à la saisie puissent surveiller le gardien, suivre ses actes de gestion, et par conséquent se faire représenter l'objet confié à sa garde [6].

Enfin, elle a lieu pour le compte des fruits qui par droit d'accession s'ajoutent à la chose donnée en garde ou placée sous le séquestre judiciaire [7]. Et ici on ne saurait se prévaloir de l'article 126 du Code de procédure civile pour soutenir que la contrainte par corps n'est pas impérative comme nous venons de le dire, mais simplement facultative et abandonnée à la sagesse du juge. L'article 126 n'a pas dérogé à l'article 2060. Il ne s'occupe que des administrateurs commis par justice autres que les séquestres et gardiens [8].

143. Ici se reproduit une question semblable à celle que nous avons examinée au n° 124. Elle consiste à savoir si le gardien à qui le propriétaire a enlevé par fraude, violence ou voie de fait la chose confiée à sa garde, a contre ce dernier la contrainte par corps récursoire. Une lettre du chancelier d'Aguesseau du 3 novembre 1736, écrite au premier président du conseil souverain d'Alsace, se prononce pour l'affirmative. « Il est juste, dit-il, que le » propriétaire ou le débiteur par la faute du- » quel le gardien ou le dépositaire se trouve » livré à la contrainte par corps de la part des » créanciers saisissants, puisse user de la même » voie contre le débiteur qui l'a mis dans cette » mauvaise situation. Il est enfin de l'intérêt, » soit du saisissant ou des autres créanciers, » soit du débiteur même, qu'on puisse trouver » des gardiens solvables... Or, comment pour- » rait-on parvenir à en trouver, s'ils savaient » qu'on leur refusera la contrainte par corps » contre le débiteur s'il venait à enlever par » force, ou à soustraire par artifice, les effets » dont la garde leur est confiée [9]? »

Ce sont là des considérations. Ce ne sont pas des raisons légales. Il ne faut pas oublier l'article 2063 du Code civil qui défend de prononcer la contrainte par corps quand elle n'est pas autorisée par une loi formelle.

§ 3. *De la contrainte par corps contre les cautions judiciaires et contre les cautions des contraignables par corps lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte.*

144. Ce § s'occupe de la contrainte par corps contre les cautions. A ce sujet, nous avons besoin de rappeler quelques principes posés par nous dans notre commentaire du *Cautionnement*.

Bien que le débiteur soit soumis à la contrainte par corps, sa caution n'est pas, de plein droit, assujettie à ce moyen de coaction personnelle [10]. La contrainte par corps n'est pas un de ces accessoires qui se reportent naturellement sur le fidéjusseur; elle participe, dans une certaine mesure, du caractère de la peine [11]. Elle est odieuse et ne doit pas être étendue de personne à personne. D'ailleurs elle n'est qu'un moyen de contrainte, et le fidéjusseur n'est pas virtuellement soumis aux mêmes moyens de contrainte que le débiteur principal. Ce à quoi il participe de plein droit, ce sont les obligations découlant de la dette principale; mais les voies d'exécution particulières à cette dette ne s'étendent pas jusqu'à lui. En un mot, *Plege ne peut pas perdre son corps par pleigeria* [12].

La jurisprudence a rendu hommage à ces principes. Ils sont fondamentaux [13], et quoi-

[1] Coin-Delisle, p. 16, n° 13.
[2] Mon comm. du *Dépôt*, n°s 273, 277.
[3] Jousse sur l'art. 19, tit. 13, de l'ordonnance de 1667.
[4] *Quest. de droit*, v° *Contrainte par corps*, § 8.
[5] *Infrà*, n° 237.
[6] Coin-Delisle, p. 16, n° 9.
[7] Art. 604, C. proc.
[8] *Infrà*, n° 237.
[9] Ordonn. d'Alsace, tit. 1, p. 144. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Contrainte par corps*, § 5.
[10] Mon comm. du *Cautionnement*, n° 169. *Infrà*, n° 370.
[11] *Suprà*, n° 9.
[12] Beaumanoir, cité dans mon comm. du *Cautionnement*, n° 169.
[13] Cass., 20 août 1833 (Dalloz, 33, 1, 343).

qu'on trouve dans les auteurs anciens, dans Émerigon par exemple, des assertions contraires [1], il ne faut pas y avoir égard.

Ainsi, le non commerçant qui cautionne un commerçant n'est pas, par cela seul, contraignable par corps [2]. Bien plus, le commerçant qui, par pure obligeance, cautionne un autre commerçant, n'est pas, de plein droit, soumis à la contrainte par corps; car il ne fait pas acte de commerce [3]. Il ne serait contraignable qu'autant qu'il résulterait des faits et circonstances que son cautionnement est intéressé, qu'il a spéculé sur les profits de l'affaire, qu'il a fait acte de commerce [4].

145. Que doit donc faire le créancier qui veut trouver dans le fidéjusseur les mêmes garanties que dans le débiteur principal? Il faut qu'il exige, lors du cautionnement, que le fidéjusseur se soumette à la contrainte par corps, si le débiteur principal est lui-même contraignable par corps [5]. Ce cas est du nombre de ceux où la contrainte par corps peut être imposée par la volonté des parties. Notre article est décisif à cet égard [6].

146. Mais si le débiteur principal n'est pas contraignable par corps, la caution ne peut se soumettre par sa volonté à être poursuivie par ce dur moyen d'exécution. Autrefois, il n'en était pas ainsi : Heriog et autres auteurs enseignaient que le fidéjusseur peut s'obliger à la contrainte par corps pour le débiteur simplement obligé [7]. Mais notre article ne se prête pas à cette opinion.

Il est vrai qu'en général, la caution peut se trouver plus durement obligée que le débiteur principal [8]. Mais ce n'est pas en ce qui touche la contrainte par corps. A cet égard, la faveur de la liberté a inspiré au législateur une favorable exception.

147. Nous disions, au n° 145, que ce n'est que par un effet de sa volonté que la caution du contraignable par corps peut être elle-même soumise à une égale contrainte. — Il y a cependant quelques cas où, à raison des spécialités de la matière, la caution du contraignable par corps est soumise, de plein droit et sans convention, à la contrainte par corps. C'est ce qui a lieu dans les cautionnements fournis en matière d'administration. Lors de la discussion de l'article 2060, § 5, au conseil d'État, il fut formellement décidé, d'après une observation de M. Portalis, que ce § n'avait en vue que les affaires civiles ordinaires et qu'il ne devait pas être étendu aux matières administratives [9].

En effet, les cautions données dans les affaires qui touchent à l'administration des biens et deniers de l'État ou des établissements publics ont toujours été présumées associées avec les adjudicataires et traitants; on les a toujours considérées, moins comme des cautions proprement dites, que comme des obligés solidaires qui s'engagent pour partager les bénéfices de l'opération [10].

148. C'est pourquoi les cautions des comptables de deniers publics ou d'effets mobiliers publics [11]; les cautions des comptables des deniers ou effets mobiliers appartenant aux communes, aux hospices, aux établissements publics [12]; les cautions des entrepreneurs, fournisseurs, soumissionnaires et traitants qui ont passé des marchés ou des traités intéressant l'État, les communes, les établissements publics [13]; les cautions des redevables de droits de douane, octrois et autres contributions indirectes qui ont obtenu crédit et n'ont pas payé à l'échéance [14], toutes ces cautions sont, de plein droit et sans convention, contraignables par corps de même que les débiteurs principaux.

149. Il en est de même des cautions des adjudicataires des coupes de bois de l'État [15], et des cautions des fermiers de la pêche des rivières navigables ou flottables [16]. On les considère comme des associés spéculant sur les profits de l'opération [17].

150. Dans les matières ordinaires, la caution du contraignable par corps est aussi contraignable de plein droit lorsqu'elle donne son cautionnement par un acte qui, de sa nature, entraîne la contrainte par corps. Tel est le donneur d'aval [18].

151. Il y a plus : s'il résulte des circonstances que le fidéjusseur non marchand, qui a cautionné par un acte ordinaire une affaire de commerce, est intéressé dans cette affaire, il est contraignable par corps; car son cautionnement est un acte de commerce [19]. C'est, ainsi que nous le disions au n° 147, une spéculation pour faire réussir l'affaire et en partager les profits. L'association d'intérêt se sup-

[1] Mon comm. du *Cautionnement*, n° 169.
[2] Arrêt portant cassation du 20 août 1833. Dall., 33, 1, 343.
[3] Angers, 8 février 1830 (*Pasicrisie*, à cette date).
[4] Combinez deux arrêts de Poitiers, 29 juillet 1824, *Pasicrisie*, à cette date; et Caen, 23 février 1825, *id.* Coin-Delisle, p. 17, n° 15.
[5] Mon comm. du *Cautionn.*, n° 115. *Infrà*, n° 574.
[6] Nous verrons, *infrà*, n° 440, ce qui concerne la durée de la contrainte par corps, en pareil cas.
[7] Mon comm. du *Cautionn.*, n° 115, à la note.
[8] *Id.*, n°s 108, 110, 111, 112
[9] Fenet, t. 15, p. 140, 141, 142, 143.
[10] Despeisses, part. 2, tit. 2, sect. 3, *Infrà*, n° 45.
[11] Art. 8 de la loi du 17 avril 1832.
[12] Art. 9 de la même loi.
[13] Art. 10 de la même loi.
[14] Art. 11 de la même loi.
[15] Code forestier, articles 28 et 46, Meaume, t. 1, n°s 137 et 229.
[16] Code de la pêche fluviale, art. 22.
[17] *Suprà*, n° 147. Meaume, t. 1, n° 141, sur l'art. 28 du C. forestier.
[18] Art. 142, C. de commerce. *Infra*, n° 401.
[19] Arg. d'un arrêt de Poitiers du 29 juill. 1824, *Pasicrisie*, à cette date.

poserait facilement, du reste, si le fidéjusseur était un commerçant et qu'il n'eût rien fait ni rien dit qui fût de nature à écarter l'idée de spéculation [1].

152. C'est à cet ordre d'idées que se rapporte un arrêt de la chambre des requêtes du 23 juillet 1833 [2]. Salomon fils, associé avec Hébert, en nom collectif, pour le commerce des denrées coloniales, avait stipulé que les achats seraient faits à Marseille par ses père et mère, et il s'était rendu leur caution envers la société. Condamné par corps à payer une somme dont les époux Salomon étaient reliquataires, Salomon fils prétendit que la contrainte par corps n'aurait pas dû être prononcée contre lui puisqu'il ne s'y était pas soumis. Mais il échoua et devait échouer : il s'était engagé commercialement envers la société ; il avait personnellement répondu pour des actes de commerce dans lesquels il avait un intérêt évident, pour la gestion de commissionnaires qu'il avait imposés à sa société.

153. Après avoir parlé, dans les numéros qui précèdent, des fidéjusseurs conventionnels des contraignables par corps, nous devons nous occuper, avec le § 5 de l'article 2060, des cautions judiciaires. Des différences notables se font sur-le-champ remarquer ici. Dans les fidéjussions conventionnelles, la caution n'est contraignable par corps qu'autant que le débiteur est lui-même contraignable par corps [3]. Il n'en est pas de même de la caution judiciaire : elle est contraignable par corps, bien que le débiteur principal ne le soit pas [4]. « Car, » comme le disait Treilhard, il faut des liens » plus forts et de plus grandes sûretés pour » les obligations qui se contractent avec la » justice [5]. »

154. Cette dernière raison conduit à une autre différence. Le fidéjusseur d'un contraignable par corps n'est lui-même contraignable par corps qu'autant qu'il y a consenti ; mais la caution judiciaire est toujours soumise de plein droit à la contrainte par corps [6].

On a nié cette vérité [7] ; elle est cependant bien évidente [8].

155. Si l'on consulte les travaux préparatoires du Code civil, on voit que le § 5 de l'article primitif ne parlait que des cautions judiciaires, et que, par les termes impératifs dont il se servait, il mettait les cautions judiciaires sur la même ligne que le spoliateur soumis à délaissement, que la personne publique consignataire de deniers, que le séquestre judiciaire et le gardien ; toutes personnes soumises, par la volonté de la loi et abstraction faite de convention, à la contrainte par corps. Par là, les rédacteurs du projet d'article se conformaient à l'ancienne jurisprudence [9], d'après laquelle la caution judiciaire, par l'effet de sa promesse, était virtuellement soumise à la contrainte par corps. En effet, la caution judiciaire contracte avec la justice ; il faut qu'elle s'enchaîne par des liens plus forts et par de plus grandes sûretés que lorsque l'on contracte avec des particuliers. D'ailleurs, pourquoi les rédacteurs auraient-ils exigé, par l'art. 2040, au titre du *Cautionnement*, que la caution judiciaire fût susceptible de contrainte par corps [10], si ce n'est parce que, d'accord avec ces idées, ils admettaient en principe que la caution judiciaire se soumet implicitement et virtuellement à la contrainte par corps ?

156. Plus tard, lors du remaniement qui précéda la communication au tribunat, le § 5 de l'article 2060 fut amendé ; et à la suite de ces mots *contre les cautions judiciaires*, on ajouta ceux-ci : « et contre les cautions des » contraignables par corps, lorsqu'elles se sont » soumises à cette contrainte [11]. » Mais l'addition de ce membre de phrase n'a pas changé la portée primitive de la disposition relative aux cautions judiciaires. Il est manifeste que ces mots : *lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte*, ne se rapportent qu'aux cautions conventionnelles des contraignables par corps. Ils restent étrangers aux cautions judiciaires, d'autant que la préposition *contre*, deux fois répétée dans le paragraphe, annonce, de la part des rédacteurs de ce texte, une pensée de disjonction entre les deux espèces de cautions dont ils s'occupaient [12].

157. Bigot l'a bien entendu ainsi dans son exposé des motifs [13] : « On doit assimiler » à ces dépositaires la caution judiciaire, qui » s'oblige également, non-seulement envers le » créancier *mais encore envers la justice.* » Ainsi, point de différence entre le séquestre

[1] Caen, 25 févr. 1825 : *Pasicrisie*, à cette date.
[2] Dall., 33, 1, 314. Devill., 33, 1, 877.
[3] *Suprà*, nº 146.
[4] Mon comm. du *Cautionnement*, nºˢ 108, 114, 115, 589. Pothier, *Oblig.*, nº 377, art. 2040, C. civ.
[5] Mon comm. du *Cautionnement*, nº 589. Pothier, *Procéd. civ.*, p. 351.
[6] Zachariæ, § 430, note 1. Voy. Pothier, *Procéd. civ.*, p. 351.
[7] Pigeau, liv. 2, part. 5, tit. 5, ch. 3, § 2, et part. 5, tit. 4, ch. 2, § 3, nº 3. — Delvincourt, t. 8, p. 208. — Pardessus t. 5, nº 1504. — Favard de Langlade, vº *Caution*. — Duranton, t. 18, nº 386.
[8] Merlin, *Répert.*, vº *Contrainte par corps*, nº 15. Carré sur l'art. 519, C. proc., nº 1829, et les annotations de A. Chauveau. Thomine-Desmazures, t. 2, nº 568. Dalloz, t. 3, p. 452, note. Coin-Delisle, p. 18, nºˢ 19 et suiv. *Junge* Turin, 28 mai 1806, *Pasicrisie*, à cette date.
[9] Jousse sur l'art. 2, tit. 28, ordonn. de 1667. Pothier, *Procédure civile*, p. 5, ch. 1, § 1, et *Oblig.*, nº 377. Brodeau sur Louet, lettre F, somm. xi, nº 4.
[10] Mon comm. du *Cautionnement*, nº 589.
[11] Fenet, t. 15, p. 151.
[12] Thomine-Desmazures, *loc. cit.*
[13] Fenet, p. 162.

judiciaire, le gardien et la caution judiciaire. Dans la pensée de Bigot, l'obligation est la même; elle procède de la même source; elle a la sanction des mêmes garanties. Or, cette parité disparaîtrait si l'on décidait que la caution judiciaire n'est contraignable par corps qu'autant qu'elle s'est soumise volontairement à la contrainte!

La même pensée se retrouve dans le rapport du tribun Gary [1] et dans le discours du tribun Goupil [2]. Ce dernier s'exprime d'une manière si précise que ses paroles sont bonnes à recueillir : « La contrainte par corps en matière civile pourra être stipulée *seulement* » dans deux cas, où elle n'a pas lieu par la » seule autorité de la loi : si elle est consentie » par les cautions des contraignables par corps, » ou pour fermage de biens ruraux. » Donc, quand il s'agit d'une caution judiciaire, la contrainte par corps a lieu par la seule autorité de la loi, et la stipulation n'a pas à y intervenir.

158. On objecte l'article 519 du Code de procédure civile, d'après lequel la soumission de la caution est exécutoire sans jugement, même pour la contrainte par corps, s'il y a lieu à contrainte; l'on s'empare de ces derniers mots pour en tirer la conclusion que, par un lien intime entre l'article 519 et le § 5 de l'article 2060, il n'y a lieu à contrainte que lorsque la caution judiciaire s'est soumise à cette mesure. Mais il n'est pas possible de raisonner plus mal. En effet, tout ce qu'il est permis d'induire du *s'il y a lieu* de l'article 519 du Code de procédure civile, c'est qu'il y a quelques cas où la contrainte par corps n'a pas lieu contre les cautions que cet article a en vue. Mais quels sont ces cas? C'est ce que cet article ne dit pas; et, pour suppléer à son silence, il ne faut pas faire dire au § de l'article 2060 autre chose que ce qu'il dit. Il suffit d'un peu de critique et de discernement attentif.

159. L'article 519 n'est pas fait exclusivement pour les cautions judiciaires proprement dites; il y a beaucoup de circonstances où un jugement, pour donner force à la loi ou à la convention, ordonne de fournir la caution prescrite par la loi ou promise par la convention, et où la caution n'est pas judiciaire pour cela [3]; car la caution n'est vraiment judiciaire qu'autant que c'est le jugement seul, sans attache préalable de la loi ou de la convention, qui ordonne de la donner. Par exemple, Pierre s'est soumis par convention à fournir une caution, et comme il n'a pas satisfait dans le délai à cette obligation, le créancier obtient contre lui un jugement qui lui ordonne de la fournir. Cette caution, dont l'origine est conventionnelle, ne perd pas ce caractère parce qu'un jugement est intervenu [4]; elle reste ce qu'elle était *ab initio*; et dès lors elle n'est pas susceptible de contrainte par corps dans tous les cas; elle n'est assujettie à ce moyen de contrainte qu'autant que le cautionnement se trouve dans des conditions qui appellent la contrainte par corps sur le fidéjusseur.

Le *s'il y a lieu* de l'art. 519 du Code de procédure civile s'explique donc naturellement et sans effort dans un sens qui n'a rien de favorable à l'objection que nous réfutons. Il ne renferme qu'une réserve prudente. Le législateur n'a voulu rien préjuger contre le droit commun; c'est au droit commun qu'il faut s'en référer.

Or, d'après le droit commun, tant ancien que nouveau, la caution judiciaire est de plein droit soumise à la contrainte par corps. Ce n'est donc pas pour ce cas que les expressions, *s'il y a lieu*, ont été introduites dans l'art. 574; elles se réfèrent à d'autres situations; elles ont trait à d'autres cas, par exemple au cas de cautions conventionnelles ou légales non soumises à la contrainte par corps.

§ 6. *De la contrainte par corps contre tous officiers publics pour la représentation de leurs minutes quand elle est ordonnée.*

160. Lorsque la justice, pour éclairer et asseoir ses décisions, a ordonné la représentation des minutes dont un officier public est dépositaire, cet officier ne peut la priver par sa résistance des lumières dont elle a besoin. Cette résistance devra donc être vaincue par la contrainte par corps [5] : force doit rester à la justice.

161. Ces mots de notre article, *tous officiers publics*, ont une grande étendue. Ils embrassent tous officiers quelconques dépositaires de titres, gardiens des minutes des actes, conservateurs de pièces originales, tels qu'archivistes, notaires, greffiers, officiers de l'état civil, conservateurs des hypothèques, etc., etc. [6].

162. Les articles 201 et 221 du Code de procédure civile donnent des exemples de cas où la justice ordonne l'apport de pièces par les dépositaires. On peut consulter aussi les articles 448 et suivants du Code d'instruction criminelle.

163. Mais les dépositaires publics ne sont contraignables par corps qu'autant que l'ap-

---

[1] Fenet, t. 15, p. 179.
[2] *Id.*, p. 189.
[3] Pothier, *Procéd. civ.*, titre *de la contrainte par corps*, p. 351 et 352.
[4] Carré sur l'art. 519, quest. 1820, note 1. Demiau-Crouzilhac, p. 360. Le tribun Favard sur le titre du C. de proc. *des réceptions de cautions* (édit. Didot, p. 229).
[5] Gary (Fenet, t. 15, p. 179). Bigot (Fenet, t. 15, p. 165).
[6] *Junge* art. 454, C. d'instruction criminelle.

port de la pièce a été ordonné et que cette ordonnance émane d'une autorité compétente. Un dépositaire est esclave de son dépôt ; il ne lui est permis de s'en dessaisir qu'entre les mains des personnes indiquées par la loi et par la convention, ou ayant pouvoir légal d'en ordonner l'apport. Les plus grands abus s'introduiraient dans la tenue et la conservation des dépôts publics si, sous prétexte d'un ordre quelconque émané d'une autorité sans caractère, un dépositaire livrait sans précaution les titres les plus précieux et les plus secrets des familles.

164. A notre paragraphe se lient les art. 839 et suivants du Code de procédure civile. Ils portent cependant sur un cas un peu différent. L'article 2060 ne s'occupe que de l'apport des pièces originales et des minutes. Les articles 839 et suivants du Code de procédure s'occupent de la délivrance aux parties des expéditions ou copies auxquelles elles ont droit. L'obligation de délivrer ces copies est une conséquence du dépôt dont sont chargés les notaires archivistes, et autres dépositaires de même nature. Le but du dépôt est tout à la fois de conserver les originaux et de donner la possibilité d'en délivrer copie aux personnes intéressées [1]. Si les dépositaires refusent ces expéditions, ils sont soumis à une action déterminée par l'article 840 du Code de procédure criminelle, et la contrainte par corps vient les atteindre [2].

165. Ce n'est pas cependant dans tous les cas que tous les dépositaires publics doivent délivrer des expéditions à toutes personnes quelconques qui les réclament. Des distinctions sont indiquées par la nature des choses ; la loi les ratifie.

Lorsque les actes concernent l'intérêt général des citoyens et l'instruction du public, la connaissance n'en peut être refusée à personne. Tels sont les actes de l'état civil, les matrices de rôles, les inscriptions hypothécaires, les jugements, etc., etc. [3].

166. Mais s'il s'agit d'actes privés, d'actes qui n'ont trait qu'à l'intérêt particulier, alors la connaissance n'en appartient pas au public. C'est pourquoi la loi du 25 ventôse an XI défend aux notaires de délivrer expédition ni de donner connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, aux héritiers ou ayants droit. C'est à ces personnes seules qu'est ouverte l'action réglée par les art. 839 et 840 du Code de procédure civile. Quant aux tiers, il eût été dangereux de leur permettre d'étendre à des actes qui leur sont étrangers de curieuses et indiscrètes investigations. Ils ne peuvent obtenir expédition des actes dans lesquels ils n'ont pas été parties qu'au moyen d'un compulsoire et dans les cas réglés par les art. 846 et suivants du Code de procédure civile.

167. Du reste, le développement de cette matière n'appartient pas à mon sujet. On peut consulter les art. 841 et suivants du Code de procédure civile pour les différentes nuances des cas où les parties ont action et contrainte à l'effet d'obtenir des expéditions ou copies.

§ 7. *De la contrainte par corps contre les notaires, les avoués et les huissiers pour la restitution des titres à eux confiés et des deniers par eux reçus pour leurs clients par suite de leurs fonctions* [4].

168. « On ne peut employer ces officiers, » disait Bigot de Préameneu [5], sans être dans » la nécessité de leur confier les titres et l'ar» gent nécessaire pour agir. Ministres secon» daires de la justice, ils doivent être mis dans » la classe de ceux qui sont ses dépositaires, et » s'ils manquent ainsi à la confiance publique, » ils sont assujettis à la contrainte par corps. » On conçoit facilement, en effet, que les particuliers, dont le choix a été circonscrit dans une certaine classe d'hommes, aient reçu de la loi toutes les garanties que la foi publique peut assurer [6].

169. Les dispositions du § 7 de l'art. 2060 sont applicables aux commissaires priseurs et aux gardes du commerce ; car, suivant la juste observation de Coin-Delisle [7], leurs fonctions ne sont qu'un démembrement de celles des huissiers.

170. Le § 7 de l'art. 2060 renferme deux cas : contrainte par corps pour remise des titres, contrainte par corps pour remise des deniers.

Quant à la remise des titres, soit que ces titres aient été confiés à l'officier par le client, soit qu'ils aient été remis par d'autres, à raison de leurs fonctions, l'action en restitution et remise existe avec la contrainte par corps.

Ainsi, si je remets des pièces à un huissier pour une exécution, il est tenu de me les rendre sous contrainte par corps.

Si, dans le cours d'une instance, mon adversaire communique des pièces à mon avoué, l'avoué sera contraignable par corps pour la réintégration de ces pièces. Bien qu'elles ne lui aient pas été confiées par le client, il n'en est pas moins tenu, par l'effet d'une sorte de dépôt nécessaire, envers l'auteur de la communication [8].

[1] Carré, n° 2861.
[2] Art. 839.
[3] Carré, *loc. cit.* Thomine-Desmazures, t. 3, n° 991.
[4] *Junge* art. 107 et 191, C. proc.
[5] *Exposé des motifs* (Fenet, t. 15, p. 165).
[6] Gary, tribun (Fenet, t. 15, p. 179).
[7] P. 20, n° 22.
[8] Art. 106 et 191, C. proc.

171. A l'égard des deniers, le § 7 de l'article 2060 paraît, au premier coup d'œil, rédigé de manière à faire croire que la contrainte par corps n'a lieu que pour la remise des deniers faite aux officiers par des tiers. Et comme dans cette matière tout est de rigueur, on a soutenu que la contrainte par corps échappe, alors qu'il s'agit de restitution de deniers confiés aux officiers, non plus par le client, mais par le client [1].

Tel n'était cependant pas le sens que l'orateur du gouvernement attachait à notre paragraphe. Nous avons cité ses paroles [2]; elles sont positives. Elles ne font pas de différence entre les titres et l'argent. Elles donnent expressément à entendre que la contrainte par corps existe autant pour la restitution des deniers confiés par les clients que pour la restitution des titres remis par ce même client à l'officier chargé de son mandat [3].

Nous pensons que l'orateur du gouvernement a été dans le vrai et nous disons que la rédaction du § 7 n'a rien d'assez formel pour exclure l'interprétation de Bigot de Préameneu. Que les fonds aient été remis par un tiers pour être payés au client, ou qu'ils aient été remis par le client avec une destination convenue, ils n'en sont pas moins remis à l'officier *pour le client*. L'officier les a reçus pour le compte du client [4], et les a reçus en sa qualité. Cela suffit; peu importe la personne qui les lui a remis.

Et d'ailleurs, où serait la raison plausible qui autoriserait une distinction entre la remise des pièces par le client et la remise des deniers par le client?

172. Ainsi donc, si je remets des fonds à un huissier pour faire des offres, et qu'il les détourne à son profit, j'aurai contre lui la contrainte par corps. Ici le doute est d'autant moins permis que l'huissier est un véritable consignataire [5], et qu'à défaut du § 7, le client trouverait son secours dans le § 3 de l'art. 2060.

173. Mais, lors même qu'il n'y a pas consignation proprement dite, et qu'on se place en présence du seul § 7, je dis que la contrainte par corps peut être réclamée par le client qui a fait le dépôt des fonds. Par exemple, si je remets des deniers à un avoué pour le couvrir d'avances à faire, et que le procès n'ait pas de suite, j'aurai contre lui la contrainte par corps. Il en est de même si l'avoué, après avoir reçu de moi l'avance des frais, est remboursé des dépens par la partie adverse [6].

174. Mais, faisons-y bien attention : pour que le § 7 de l'art. 2060 reçoive son application, il faut que la remise ait été faite à l'officier par suite de la fonction précise pour laquelle il a été institué.

Supposons que je charge un avoué d'une transaction et que je lui remette mes titres, ce n'est plus comme avoué proprement dit qu'il a été investi de ma confiance : c'est comme mandataire *ad negotia*. Il ne remplit pas ici son office de procureur *ad lites*, il remplit un autre office, non à titre d'avoué, mais comme personne conciliante et éclairée. Toute personne autre que cet avoué aurait pu en être chargée. Le § 7 ne sera donc pas applicable [7].

175. Il ne sera pas applicable non plus lorsque des fonds auront été remis à ces officiers pour des actes qui ne rentrent pas précisément dans les faits de leur charge. Si, par exemple, je confie des fonds à un avoué pour qu'il accommode mon affaire, ce n'est pas là la remise envisagée par le § 7 et pouvant donner lieu à la contrainte par corps. L'avoué agit comme intermédiaire conciliateur, et non comme avoué [8]; son rôle d'avoué disparaît.

176. Si, voulant opérer un placement de fonds, je verse ces fonds entre les mains du notaire chargé d'opérer le prêt, aurai-je contre le notaire, infidèle dépositaire, l'action édictée par le § 7? L'affirmative a été décidée par les cours de Lyon [9], Paris [10], Douai [11]; et, quoi qu'en dise Coin-Delisle [12], ces arrêts sont excellents. Je sais que l'opinion de ce dernier auteur peut s'appuyer sur deux décisions de la cour royale de Paris des 6 janvier et 22 mai 1832 [13]; mais cette cour n'y a pas persisté, et sa jurisprudence est entrée plus tard dans de meilleurs errements.

177. Que dit-on contre la contrainte par corps?

Le détournement reproché à un officier public ne sert de base à l'action réglée par le § 7 de l'art. 2060 que lorsqu'il est un fait de charge, que lorsqu'il se rattache à un acte qui, en soi, est de l'essence même du notariat. Or, aux termes de la loi du 25 ventôse an XI, les notaires ont été essentiellement institués pour recevoir les actes et les contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère

[1] Coin-Delisle, p. 20, nº 24. Delvincourt, t. 8, p. 295.
[2] *Suprà*, nº 168.
[3] *Junge* Dalloz, vº *Contrainte par corps*, sect. 1, nº 2, et Duranton, t. 18, nº 459.
[4] Douai, 29 mai 1839 (Devill., 40, 2, 152). Cet arrêt est précis sur ce point de droit.
[5] *Suprà*, nº 129.
[6] Arrêt du parlement de Paris, du 27 juillet 1759, rapporté par Fournel, Traité de la contrainte par corps (sur l'art. 3, tit. 1, nº 6, loi de germinal).
[7] Cass., 1er février 1820. Dall., vº *Désaveu*, p. 119. Devill., *Pasicrisie*, à cette date.
[8] Duranton, t. 18, nº 459.
[9] 3 février 1830, *Pasicrisie*, à cette date.
[10] 28 janvier et 31 juillet 1835. Devill., 35, 2, 100 et 521.
[11] 29 mai 1819 (Devill., 40, 2, 150).
[12] P. 21, nº 26.
[13] Dall., 32, 2, 120, 121. Devill., 32, 2, 149.

de l'authenticité. Les dépôts de sommes d'argent ne sont donc pas un attribut nécessaire de leurs fonctions; ce n'est pas pour la restitution de ces dépôts que la loi donne la voie rigoureuse de la contrainte par corps.

178. La réponse paraît facile.

Consultez d'abord l'esprit de la loi. *On ne peut employer les notaires, les avoués, les huissiers*, disait Bigot de Preameneu (1), *sans être dans la nécessité de leur confier les titres et l'argent nécessaires pour agir.* L'orateur du gouvernement suppose donc que les remises de fonds qui se lient à l'acte dont l'officier a été chargé sont une conséquence de son ministère, et qu'il y a fait de charge dans la conservation de ces deniers. Un notaire est chargé de faire un placement, d'opérer un prêt : comment voulez vous qu'il y parvienne s'il n'a pas entre ses mains les fonds du prêteur? N'est-ce pas presque toujours une nécessité de l'opération commise à la fonction du notaire que de verser préalablement les fonds entre ses mains?

179. Puis, prenez le texte de notre paragraphe, et voyez s'il est possible d'échapper aux termes dont il se sert. On veut cependant qu'il n'en soit pas ainsi, parce que l'essence de la fonction du notaire est de donner l'authenticité aux actes, et non pas de chercher des emprunteurs et de recevoir des dépôts d'argent. Mais quand on élève cette objection, on ne fait pas attention que le texte de la loi n'est pas restreint aux remises qui sont de l'essence de la fonction (c'est le cas du § 3 de l'article 2060 plutôt que du § 7), mais qu'il embrasse dans sa généralité les remises qui sont une suite de la fonction. Or, du droit exclusif de passer les actes publics de prêt, est sorti comme conséquence, comme suite naturelle des fonctions des notaires, le mandat de rapprocher les clients de l'étude, de mettre le prêteur en rapport avec l'emprunteur, de procurer un prêteur à celui qui demande à emprunter. Puis, par une autre conséquence, le dépôt des fonds qui sont l'objet du prêt a dû s'effectuer entre les mains du notaire pour faciliter l'opération et la rendre plus sûre, plus prompte. Ceci n'est pas une chose nouvelle, inventée par l'esprit d'agiotage qui ne s'est que trop glissé dans le corps des notaires; c'est un usage aussi vieux que le notariat et contemporain de ses plus beaux temps d'intégrité. Toujours on a entendu que ces dépôts sont une suite de la fonction publique et rentrent dans le fait de la charge. « Le mardi, 20 janvier 1711, dit Brillon, sentence contradictoire à l'audience des requêtes de l'hôtel, plaidants Bretonnier et Soucanie, qui condamne Me Claude Royer, *par corps*, à rendre 2000 livres qu'une femme lui avait déposées pour placer, durant qu'il était notaire, avec les intérêts du jour du billet. *Ratio* : C'EST UNE FONCTION PUBLIQUE; *l'on se sert ordinairement du ministère des notaires pour placer de l'argent*(2). »

180. Or, je le demande, un tel usage, si honorable, du reste, pour les notaires et qui atteste la confiance qui leur est due, est-il considéré comme non avenu par le § 7 de notre article? Où trouve-t-on dans le texte, où trouve-t-on dans les motifs de la loi, un mot qui permette de croire que le législateur n'a pas voulu en tenir compte? Où voit-on que, pour l'exercice de la contrainte par corps, il n'a envisagé le notaire que comme dépositaire des titres? Au contraire, ce paragraphe ne paraît-il pas fait tout exprès pour reconnaître l'usage signalé par Brillon et donner de salutaires garanties à ceux qui s'y confient?

181. Du reste, il est aisé d'apercevoir la différence qui existe entre notre espèce et celles que nous examinions aux nos 174 et 175. Dans ces dernières hypothèses, l'avoué ne paraissait plus avec son caractère propre et dans son office de procureur *ad lites*. Il devenait un procureur privé. Ici, au contraire, le notaire reste dans son office; il en remplit les devoirs; il en suit les conséquences les plus délicates et les plus fréquentes.

182. Opposerait-on un arrêt de la cour de cassation du 13 avril 1813 (émané de la chambre criminelle) (3)? Il s'agissait d'un notaire qui avait été chargé de faire une vente et qui, ayant reçu les deniers en provenant, les avait divertis. Le ministère public avait poursuivi criminellement ce notaire; il prétendait lui faire appliquer la peine des travaux forcés, édictée par les articles 169 et 174 du Code pénal combinés, contre les percepteurs, les commis à une perception, *les dépositaires ou comptables publics* qui se rendent coupables de soustractions des deniers à eux confiés en vertu de leurs fonctions. C'était une accusation de péculat (4). La chambre d'accusation de la cour royale de Bordeaux avait refusé avec raison de renvoyer ce notaire devant la cour d'assises; car ce n'est pas en vertu d'une confiance nécessaire que les notaires reçoivent des dépôts pareils à ceux dont il est ici question. Or, si nous rapprochons l'article 169, précité, du Code pénal de 1791 (5) qui sert à l'éclairer, nous voyons que cet article n'a été édicté qu'en vue des dépôts faits à un fonctionnaire public par l'effet d'une confiance nécessaire, et qu'il demeure étranger aux dépôts volontaires, qui, bien qu'une suite naturelle de la fonction, n'en sont cependant pas

(1) Fenet, t. 15, p. 163.
(2) Vo *Notaire*, no 37.
(3) *Pasicrisie*, à cette date.
(4) « Non solum pecuniam publicam, sed etiam privatam, crimen peculatus facere. » Voy. la loi 9, § 3, D., *ad leg. Jul., de peculatu*, Faustin Hélie (Théorie du C. pénal), t. 2, p. 163.
(5) Art. 11 et 12 de la 2e partie, t. 1, sect. 5.

une conséquence forcée. La cour de cassation rejeta le pourvoi du ministère public; il lui sembla que les notaires ne sont pas censés être les dépositaires publics dont s'occupe l'art. 169, alors que le versement des deniers n'est pas commandé par la loi, lorsqu'il n'est pas l'effet d'une nécessité absolue, lorsqu'il n'est que l'œuvre de la volonté des contractants. Dans ce dernier cas, le dépôt est volontaire; il n'est pas un dépôt public dans le sens de l'article 169.

Cette décision est excellente; nous l'approuvons de toute notre conviction.

Mais de ce que le notaire n'est pas dépositaire public dans le sens spécial de l'art. 169 du Code pénal, de ce qu'il n'est pas un dépositaire forcé, nécessaire, commandé par la loi, il ne s'ensuit pas que ce ne soit pas par une suite naturelle et habituelle de ses fonctions que des versements sont opérés dans ses mains. Or, le § 7 de notre article ne fait pas dépendre la contrainte par corps de la circonstance que le dépôt fait aux officiers dont il s'occupe est un dépôt ordonné par la loi, un dépôt forcé. Il suffit que ce dépôt, bien que volontaire, soit fait par suite des fonctions qu'exercent ces officiers. L'arrêt précité n'a donc rien de contraire à notre doctrine.

183. Partant de là, nous décidons que le notaire à qui une partie a remis les frais d'enregistrement des actes passés par lui est dépositaire de ces deniers par la conséquence de ses fonctions, et qu'il est contraignable par corps pour le compte de ces deniers. Cela est si vrai, qu'avant le nouvel art. 408 du Code pénal, les notaires coupables du détournement de ces fonds prétendaient que la seule peine dont ils fussent passibles était la contrainte par corps, et non pas la peine correctionnelle du Code pénal [1].

184. Nous venons de parcourir les sept paragraphes dont se compose l'art. 2060 du Code civil. Dans tous, la contrainte par corps est impérative, et les juges ne sont pas maîtres de la refuser au demandeur qui la requiert et dont la demande se trouve justifiée. Les art. 2059 et 2060 forment tout l'ensemble du Code civil sur la contrainte par corps impérative [2].

Les art. 2061 et 2062 vont s'occuper de la contrainte facultative [3].

185. Mais les art. 2059 et 2060 d'une part, et 2061 et 2062 de l'autre, qui renferment tous les cas de contrainte par corps autorisés par le Code civil, ne sont plus les seuls. Plusieurs dispositions postérieures ont élargi le cercle. Nous nous en occuperons en commentant l'article 2063, qui a prévu la possibilité de cette extension.

Article 2061.

Ceux qui, par un jugement rendu au pétitoire et passé en force de chose jugée, ont été condamnés à désemparer un fonds, et qui refusent d'obéir, peuvent, par un second jugement, être contraints par corps, quinzaine après la signification du premier jugement à personne ou domicile.

Si le fonds ou l'héritage est éloigné de plus de cinq myriamètres du domicile de la partie condamnée, il sera ajouté au délai de quinzaine un jour par cinq myriamètres [4].

SOMMAIRE.

186. De la contrainte par corps pour délaissement ordonné au pétitoire. Différence entre ce cas et le cas de réintégrande.
187. Suite.
188. Suite. La contrainte par corps, permise pour le cas de délaissement ordonné et non exécuté, tient à la nécessité d'ordre public de procurer l'exécution des jugements.
189. Conditions nécessaires pour que la contrainte par corps ne dégénère pas en abus, même dans ce cas. 1re condition.
190. 2e condition. L'art. 2061 n'est fait que pour le délaissement des immeubles.
191. 3e condition.
192. 4e condition.
193. Dans l'hypothèse prévue par l'art. 2061, la contrainte par corps est facultative.

[1] V. l'espèce d'un arrêt de la cour de cassation du 31 juillet 1817, *Pasicrisie*, à cette date.
[2] *Supra*, n° 11.
[3] *Supra*, n° 11.
[4] Art. 683, 712, 1033, C. proc.

COMMENTAIRE.

186. Nous avons vu, au n° 120, que la contrainte par corps impérative a lieu dans le cas de réintégrande possessoire. La violence dont a usé le spoliateur, l'atteinte qu'il a portée au droit de propriété, nécessitaient cette rigueur.

Notre article s'occupe d'un cas différent : c'est celui du délaissement ordonné au pétitoire. Le jugement qui statue sur la propriété et ordonne au défendeur de désemparer le fonds ne peut, du premier coup, se donner la sanction de la contrainte par corps, comme quand le juge prononce la réintégrande.

187. La raison en est simple : le défendeur a peut-être été de bonne foi ; ses titres peuvent l'avoir trompé ; ses limites et une possession plus ou moins longue peuvent avoir été la cause d'une erreur probable. Il ne s'est engagé dans un procès que par suite d'une confiance qui ne permet pas de supposer facilement la fraude ou l'esprit d'usurpation. Il aurait donc été injuste de le traiter avec la même rigueur que le spoliateur qui, par un coup de main hardi et violent, s'est emparé de la possession de la chose. Ce dernier a commis une voie de fait, et son acte audacieux excite l'animadversion des lois et exige une prompte réparation [1].

188. Mais si le défendeur condamné à remettre l'héritage au propriétaire désobéit à la justice, cette résistance rend l'emploi de la contrainte par corps aussi nécessaire au pétitoire que dans le cas de réintégrande. « L'ordre public et le repos de la société, disait Gary, » dépendent essentiellement de l'exécution des » jugements [2]. »

189. De sages précautions, du reste, ont été prises pour ne pas laisser dégénérer en abus cette force donnée par nécessité aux décisions de la justice.

Et d'abord, il faut que le jugement soit passé en force de chose jugée.

190. Il faut, ensuite, qu'il ordonne le désistement d'un fonds, d'un héritage, parce que ce n'est que dans ce cas que la possession de celui qui est condamné à délaisser est certaine ; la possession des meubles est fugitive et passagère, de telle sorte qu'on n'est jamais sûr de savoir si celui que l'on condamne à remettre un meuble le possède encore et est en état d'acquitter l'obligation [3].

191. Il faut que le jugement de désistement ait été signifié à personne ou domicile, et qu'il se soit écoulé quinze jours sans que la partie condamnée ait obéi. Ce délai de quinzaine est même augmenté d'un jour par 5 myriamètres si l'héritage est éloigné de plus de 5 myriamètres du domicile de la partie condamnée.

192. Il faut enfin que le juge constate, par un second jugement, que le retard à exécuter le premier est le résultat de la désobéissance et non pas la suite d'une cause excusable. Car notre article exige un refus d'obéir; sans doute, il n'est pas nécessaire que ce refus soit exprès et qu'il ait été déclaré par des paroles positives. Il peut résulter des circonstances. Il y a aussi une résistance d'inertie, une désobéissance passive. Mais du moins le juge doit reconnaître en fait qu'il y a mépris affecté de la chose jugée et volonté de ne pas s'y conformer. Ce n'est qu'alors que la contrainte par corps peut être prononcée par le second jugement.

193. Ceci nous amène à faire remarquer que la contrainte par corps est ici facultative ; elle est subordonnée à l'appréciation que le juge fait des circonstances de l'affaire [4].

ARTICLE 2062.

La contrainte par corps ne peut être ordonnée contre les fermiers pour le payement des fermages des biens ruraux, si elle n'a été stipulée formellement dans l'acte du bail. Néanmoins les fermiers et les colons partiaires peuvent être contraints par corps, faute par eux de représenter, à la fin du bail, le cheptel de bétail, les semences et les instruments aratoires qui leur ont été confiés ; à moins qu'ils ne justifient que le déficit de ces objets ne procède point de leur fait.

---

[1] Gary (Fenet, t. 15, p. 178).

[2] Fenet, t. 15, p. 178. *Junge* Bigot (Fenet, t. 15, p. 164). Voy. ordonn. de 1667, tit. 27, art. 1, 3 et 4 ; et Pothier, *Procédure civile*, part. 5, chap. 1.

[3] Bigot (Fenet, t. 15, p. 164).

[4] Delvincourt, t. 8, p. 294 et 296. Coin-Delisle, p. 28, n° 2.

SOMMAIRE.

194. De la contrainte par corps contre les fermiers et colons.
195. Elle peut avoir lieu contre eux sans aucune convention, pour la représentation du cheptel, des semences et des instruments aratoires.
196. Ceci s'applique aux métayers et colons partiaires aussi bien qu'aux fermiers.
197. L'art. 2062 doit-il être étendu à la représentation des engrais?
198. Suite.
199. S'il y a dilapidation pendant la durée du bail, le propriétaire n'a pas besoin d'en attendre l'expiration pour recourir à la mesure de rigueur autorisée par l'article 2062.
200. C'est au fermier et au colon à prouver que le déficit dans le cheptel, les semences et les instruments aratoires ne provient pas de leur fait.
201. *De la contrainte par corps conventionnelle* à l'égard des fermiers et colons partiaires.
202. Raison de cette exception au principe que la liberté n'est pas dans le commerce.
203. Mais cette convention, exceptionnellement autorisée dans le droit français, doit être expresse et formelle.
204. Elle ne se reproduit pas de plein droit dans la tacite reconduction.
205. Elle ne passe pas aux héritiers du preneur.
206. Il faut qu'elle soit contenue dans l'acte même du bail.
207. La contrainte par corps conventionnelle est impérative pour le juge.
208. Elle n'est pas autorisée dans les baux de maisons.
209 Elle ne peut être stipulée avec le colon partiaire. Raison de cette différence entre le colon partiaire et le fermier.
210. Quant au fermier, peu importe que son fermage se paye en argent ou en denrées. Le payement en denrées ne change pas le caractère du contrat de bail à ferme.
211. Renvoi au n° 458 pour la durée de la contrainte par corps autorisée par l'art. 2062.

COMMENTAIRE

194. L'article 2062 s'occupe de la contrainte par corps contre les fermiers de biens ruraux et les colons partiaires. Il admet la contrainte par corps sous deux points de vue : 1° sans convention ; 2° par suite d'une stipulation expresse.

195. La contrainte par corps a lieu, sans convention, contre les fermiers de biens ruraux et les colons partiaires, pour la représentation en fin de bail de cheptel de bétail, des semences et des instruments aratoires [1]. L'espérance de la ferme repose dans ces objets. Il ne faut pas qu'un fermier sortant puisse, dans un mouvement de dépit, retenir ce capital précieux et arrêter par là la marche de l'exploitation rurale [2]. Il ne faut pas non plus que, par suite d'une administration abusive, il en prive la ferme. L'intérêt de l'agriculture avait dicté aux auteurs de la loi du 15 germinal an VI [3] une mesure semblable. Ils avaient décrété l'exercice facultatif de la contrainte par corps dans ce cas d'impérieuse nécessité. C'était un droit nouveau [4]. L'art. 2062 l'a expressément consacré.

196. Nous remarquerons ici que l'article primitif soumis au conseil d'État ne parlait pas des colons partiaires [5]. Le tribunat en fit l'observation et demanda que l'article 2062 comprît nommément les colons partiaires, les métayers, lesquels reçoivent différents objets, tels que bestiaux et instruments aratoires, qu'ils doivent rendre à la fin de leur engagement [6]. La rédaction définitive a fait droit à cet amendement [7]; c'est par inadvertance que Coin-Delisle enseigne le contraire [8]; le texte de notre article comprend positivement ces deux classes d'exploitants.

197. L'article 2063 s'applique-t-il à la représentation des engrais [9]?

Jollivet fit observer au conseil d'État qu'il est des pays où, la première année, on fournit au fermier des engrais, à la charge de les rendre à l'expiration du bail. Or, quand le fermier manque à cet engagement, il prive souvent le fermier qui lui succède de moyens d'exploitation indispensables [10].

L'article 2062 fut adopté avec cet amendement, ainsi que le constatent les procès-verbaux de la séance [11].

Toutefois, nous ne voyons pas que les rédac-

---

[1] Le fermier dont le bail a été déclaré résilié ne peut être condamné par corps à abandonner au propriétaire les fruits croissants, comme il les avait trouvés à son entrée. Liège, 7 août 1832 (*J. de B.*, 1833. 2, 135).

[2] Mon comm. du *Louage*, t. 3, n° 1240.

[3] Art. 1.

[4] Arrêt du parlement de Paris, du 14 février 1696, rapporté dans Brillon, v° *Contrainte par corps*, n° 12, et Journal des audiences, t. 5, liv. 12, ch. 7.

[5] Fenet, t. 15, p. 131.

[6] *Id.*, p. 133.

[7] *Id.*, p. 155.

[8] P. 29, n° 7.

[9] Art. 1778, C. civ. Mon comm. du *Louage*, t. 2, n° 780.

[10] Fenet, t. 15, p. 144.

[11] *Id.*

tions subséquentes aient ajouté la mention des engrais aux autres objets énumérés dans l'article 2062. De là l'impossibilité d'étendre la disposition rigoureuse de cet article à un cas qu'il n'a pas réglé dans la formule législative, bien qu'il ait été dans l'intention du législateur de le prévoir [1].

Dira-t-on que les engrais peuvent être compris dans ces expressions : *instruments aratoires* ? Je crois que ce serait forcer le sens des mots. Je sais bien que, dans les lois romaines, l'*instrumentum fundi* était tout ce qui est destiné à faire naître, à recueillir, à conserver les fruits : *In instrumento fundi ea esse quæ fructus quærendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt* [2]. Mais les instruments aratoires ne sont pas synonymes d'*instrumentum fundi*; les instruments aratoires sont une partie de l'*instrumentum fundi*, ils ne sont pas l'*instrumentum fundi* lui-même.

198. Cette lacune de la loi serait regrettable, à certains égards, si l'article 126 du Code de procédure civile ne permettait d'y suppléer par la voie des dommages et intérêts. Mais, par le moyen des dommages et intérêts, les juges pourront, à la suite d'une appréciation équitable, réparer, si les circonstances le permettent, l'oubli du législateur.

199. C'est ordinairement à la fin du bail que se règlent les comptes en vertu desquels le fermier et le colon partiaire doivent remettre au fermier entrant le cheptel, les semences et les instruments de labour. Mais si, pendant la durée du bail, le fermier se livrait à un coupable divertissement du capital précieux qui fertilise la ferme, le propriétaire n'aurait pas besoin d'attendre l'expiration du terme pour pourvoir à sa sûreté. Il y aurait dans cette dilapidation un cas de résiliation du bail, et l'on se trouverait dès lors dans la condition de temps prévue par notre article [3].

200. Pour que le délicit dans le cheptel, les semences et les instruments aratoires, ne soit pas un cas de contrainte par corps pour le fermier et le colon partiaire, il faut que ces derniers prouvent que ce n'est pas par leur fait que la perte a eu lieu. Gardiens de la chose, c'est à eux qu'il incombe de prouver que la faute n'a pas été la cause du déficit [4].

201. Venons à l'autre cas de contrainte par corps prévu par notre article. C'est celui où la contrainte par corps a été stipulée dans le bail pour le payement des fermages.

Quelque favorable que soit la cause du propriétaire qui réclame le payement de ses fermages, quelque privilégiée que soit son action contre le fermier qui manque à ses engagements [5], la loi n'autorise pas la contrainte par corps de plein droit contre le preneur retardataire. Elle est sobre de ce moyen rigoureux ; elle ne veut pas traiter avec trop de sévérité une classe laborieuse, qui supporte de durs travaux, et qui, lorsqu'elle est en défaut de payer le maître, est quelquefois victime elle-même de l'intempérie des saisons et de l'ingratitude de la terre. Prononcer la contrainte par corps d'une manière absolue, c'eût été procéder avec un niveau aveugle, et englober des cas d'infortune avec des cas de faute.

202. Mais les scrupules de la loi cessent lorsque le fermier s'est soumis volontairement par le bail à la contrainte par corps [6]. Il a mesuré la portée de son engagement; il a calculé ses moyens et ses forces. L'intérêt public [7] exigeait que la loi tînt compte de son obligation et ne la rangeât pas parmi ces pactes téméraires qui ne sont que des atteintes à la liberté. En effet, elle favorise les baux ; elle est utile à l'agriculture [8]. Sans cette convention, la ferme n'aurait peut-être pas été donnée ; le propriétaire aurait pris le parti, souvent très-mauvais, de la faire valoir par les mains d'un régisseur [9] ; ce n'est qu'en rassurant le propriétaire par une telle garantie que le contrat s'est réalisé, et la soumission à la contrainte par corps a été dans le double intérêt du maître et du fermier [10]. En général, le cultivateur honnête, économe, laborieux, solvable, ne la redoute pas. Elle n'est à craindre que pour le mauvais administrateur, que pour l'agriculteur insouciant, paresseux, inexpérimenté.

Réfléchissons enfin que le bail à ferme renferme un dépôt [11]; dépôt indispensable, dépôt précieux, qui est quelquefois toute la fortune du maître. Il n'y a donc rien d'exorbitant de permettre à la convention de faire, en pareil cas, ce que la loi fait de plein droit pour le dépôt nécessaire [12]. La convention de contrainte par corps échappe donc ici à ce qu'elle a d'odieux en général; elle s'explique par des motifs plausibles, et on ne saurait l'assimiler à ces pactes de servitude volontaire dont nous avons vu ailleurs les déplorables effets [13].

203. Du reste, cette clause de soumission à la contrainte par corps est le dernier débris de la contrainte par corps conventionnelle; si l'on

---

[1] *Junge* Dall., v° *Contrainte par corps*, sect. 1, n° 4. Coin-Delisle, p. 30, n° 10.
[2] L. 8, D., *de inst. legato*. L. 9, 10, 11, 12, 25, *eod. tit.*
[3] Coin-Delisle, p. 29, n° 8.
[4] Voy. mon comm. du *Louage*, t. 2, n°s 222, 342, 363, 364, 361 (note), et aussi t. 3, n° 1091.
[5] L. 3. § *locavi*. D., *de furtis*.
[6] Ordonn. de 1667, tit. 34, art. 7. Pothier, *Procédure civile*, p. 357.
[7] Gary (Fenet, t. 15, p. 176).
[8] *Id.*
[9] *Id.*
[10] *Exposé des motifs* par Bigot (Fenet, t. 15, p. 165).
[11] Bigot, *loc. cit.*
[12] *Suprà*, n° 81.
[13] Voy. notre *Préface*.

excepte le cas prévu ci-dessus [1], où la caution d'un contraignable par corps peut s'obliger elle-même par corps, on ne trouvera pas dans le droit d'autre circonstance où la contrainte par corps conventionnelle soit autorisée [2].

Et puisqu'une telle convention, quoique permise, est exorbitante, elle doit être expresse; elle doit être formelle [3].

204. C'est pourquoi elle ne se reproduit pas dans la tacite reconduction [4].

205. Et elle ne passe pas aux héritiers du fermier. Ce dernier a pu soumettre à la contrainte sa propre personne; mais il n'a pas eu le droit de disposer de la personne de ses héritiers [5].

206. Non-seulement la clause de contrainte par corps doit être formelle, il faut encore qu'elle soit contenue dans l'acte même du bail. Toute convention postérieure, qui aurait pour but d'attacher la contrainte par corps, soit à des fermages arriérés, soit à des fermages à venir, serait nulle [6]. On ne la considérerait pas comme libre; elle serait censée être l'effet de l'autorité que le maître a exercée sur le fermier.

207. Du reste, le bail qui stipule la contrainte par corps peut être sous seing privé [7]. La convention met le juge dans l'obligation de la prononcer lorsqu'elle est requise. D'après le code sarde, la contrainte par corps est seulement facultative dans ce cas [8].

208. La clause de contrainte par corps n'est pas autorisée dans les baux de maisons [9]. On ne trouve pas ici les raisons d'intérêt public que nous exposions au nº 202.

209. Elle n'est pas autorisée non plus contre les colons partiaires. Le paragraphe de notre article que nous analysons ne parle que des fermiers. Et si on le combine avec le paragraphe suivant qui, statuant sur un cas différent, a expressément dénommé le colon partiaire, on verra sans hésiter que le silence gardé sur cette classe de cultivateurs par notre paragraphe n'est pas l'effet d'une distraction ou d'un oubli. Il y a d'ailleurs une grave raison de différence. Le fermier recueille tous les fruits; ils lui appartiennent; le maître est obligé de suivre sa foi pour le fermage. Il en est autrement dans le cas de métayage. Les fruits appartiennent pour moitié au maître et au colon. Il ne tient qu'au maître de surveiller la récolte et d'enlever sa portion [10].

210. Quant au fermier proprement dit, peu importe que le fermage se paye en argent ou en nature. Lors même que le prix de la ferme consisterait en tant d'hectolitres de blé, tant de bottes de foin, tant de tonneaux de vin ou de cidre [11], la clause de contrainte par corps serait valable [12]. C'est toujours un prix de ferme et non pas un partage de fruits [13].

211. En ce qui concerne la durée de la contrainte par corps autorisée par notre article, nous nous en occuperons au nº 438.

Article 2063.

Hors les cas déterminés par les articles précédents, ou qui pourraient l'être par une loi formelle, il est défendu à tous juges de prononcer la contrainte par corps [14]; à tous notaires et greffiers de recevoir des actes dans lesquels elle serait stipulée, et à tous Français de consentir pareils actes, encore qu'ils eussent été passés en pays étranger; le tout à peine de nullité, dépens, dommages et intérêts.

SOMMAIRE.

212. Coup d'œil jeté sur les articles précédents. Esprit du Code civil en matière de contrainte par corps. L'expérience démontre qu'il y avait quelques lacunes dans son système.

213. Addition faite au Code civil par l'art. 126 du Code de procédure civile pour les dommages et intérêts.
Comparaison de cet article avec l'ordonn. de 1667.

---

[1] Nº 145.

[2] *Infra*, nº 212.

[3] Pothier, *loc. cit.*, et *Louage*, nº 364. Merlin, vº *Bail*, § 9, nº 5.

[4] *Id.*

[5] *Id.*

[6] Jousse sur l'art. 7 du tit. 34 de l'ordonn. de 1667. Arrêt du parlement de Rouen du 9 août 1704. Coin-Delisle, p. 28, nº 2.

[7] Rodier sur l'art. 7 de l'ordonnance précitée.

[8] Art. 2108, § 1.

[9] Jousse. *loc. cit.* Delvincourt, t. 8, p. 299.

[10] Coin-Delisle, p. 29, nº 5.

[11] Mon comm. du *Louage*, t. 2, nº 673.

[12] Gary (Fenet, t. 15, p. 176).

[13] Coin-Delisle, *loc. cit.*, nº 6.

[14] Il n'y a pas lieu à la contrainte par corps contre les héritiers qui ont diverti le mobilier de la succession. Br., 20 mai 1826, *J. du* XIXe s., in 4º, 1827, p. 25.

214. L'art. 126 du C. de proc. donne aux juges un grand pouvoir; ils doivent en user avec modération. Règle de conduite dont ils ne doivent pas s'écarter.
215. Mais l'art. 126 du C. de proc. n'accorde pas la contrainte par corps pour les dépens. Raison de cette différence entre les dommages et intérêts et les dépens.
216. *Quid* des dépens prononcés à titre de dommages et intérêts?
217. Suite.
218. En matière pénale, les dépens peuvent être poursuivis par la contrainte par corps.
219. Si les dépens ne peuvent être une cause d'incarcération, ils peuvent être une cause pour retenir en prison le débiteur incarcéré.
220. Suite.
221. Que doit-on entendre précisément par dommages et intérêts? Sens juridique de ces mots.
222. Arrêt de la cour royale de Nancy, cité comme autorité.
La restitution du principal ne peut être confondue avec les dommages et intérêts.
223. Les dommages et intérêts ne sont pas une restitution.
Autres arrêts qui confirment cette doctrine.
224. Critique d'un arrêt de Colmar en sens contraire.
225. Suite. Erreur dont cet arrêt a été l'occasion.
226. Suite.
227. Suite.
228. Faut-il considérer comme des dommages et intérêts l'estimation que le débiteur est condamné à payer faute de pouvoir représenter la chose?
229. Suite.
230. Des restitutions de fruits. Il ne faut pas les confondre avec les dommages et intérêts.
231. Le juge ne peut prononcer la contrainte par corps pour dommages et intérêts qu'autant que la partie le demande.
232. L'art. 126 du C. de proc. n'est pas impératif.
En matière pénale, le juge est obligé de prononcer la contrainte par corps pour dommages et intérêts.
Quid si l'action civile, au lieu d'être portée devant les tribunaux criminels, est portée devant les tribunaux civils?
233. La contrainte par corps ne peut être attachée aux dommages et intérêts qu'autant qu'ils excèdent 300 fr.
Comment se calcule le taux de ces dommages.
234. De la contrainte par corps pour reliquat de compte de tutelle, curatelle, administration de corps ou communauté, établissement public, etc. Art. 126, C. proc.
235. Elle est facultative.
236. Il faut que le reliquat excède 300 fr.
237. Les comptables dont s'occupe notre article ne doivent pas être confondus avec ceux dont s'occupe l'article 2060.
238. L'art. 9 de la loi du 17 avril 1832 a même aggravé la position de certains comptables compris dans notre article; il a ajouté à l'art. 126 du C. de proc.
239. L'héritier bénéficiaire n'est pas un comptable soumis à la contrainte par corps.
240. Il en est de même des héritiers présomptifs envoyés en possession provisoire des biens d'un absent.
241. Mais les syndics d'une faillite peuvent être atteints par la contrainte par corps.
242. Lorsque le comptable se reconnaît débiteur, il peut être contraint par corps, même avant le compte.
243. Suite.
244. Les comptables qui ne sont pas comptables publics et qui ne tiennent pas leur mandat de la justice ne peuvent être contraints par corps pour le reliquat.
245. Mais ils peuvent être contraints par corps à rendre le compte. Art. 534, C. proc.
246. Suite.
247. Des détenteurs de pièces non dépositaires publics et qui peuvent être contraints par corps.
248. Contrainte par corps contre celui qui a dénié son écriture.
249. Contrainte par corps contre le témoin défaillant pour le payement de l'amende.
250. Contrainte par corps contre le saisi qui se rend coupable de dégradation;
251. Ou qui ne délaisse pas le fonds adjugé.
252. Contrainte par corps contre le fol enchérisseur.
253. De la contrainte par corps contre l'expert en retard de déposer son rapport.
254. Conclusion sur tous les cas de contrainte par corps ajoutés au C. civ. — Renvoi pour la contrainte par corps en matière de commerce et contre les débiteurs étrangers.
255. Hors les cas spécifiés par la loi, il est défendu aux juges de prononcer la contrainte par corps.
Les parties ne peuvent s'y soumettre volontairement.
256. Le Code civil ne permet pas là-dessus les relâchements qui avaient lieu sous l'empire de l'ordonn. de 1667.
257. Il ne faut pas confondre avec la contrainte par corps l'exécution *manu militari*.
258. Suite.
259. Suite.
260. Suite.
261. Des jugements qui prononcent indûment la contrainte par corps.
262. Des acquiescements.
263. Suite.
264. Suite.
265. De la prise à partie.
266. Des conventions de contrainte par corps. De leur invalidité. Renvoi pour deux exceptions.
267. La convention de contrainte par corps serait nulle quand même elle aurait été faite dans un pays étranger dont la loi autorise la contrainte par corps conventionnelle.
268. Des dommages et intérêts auxquels s'expose le créancier qui stipule la contrainte par corps hors les cas autorisés.
269. La convention ne pourrait rendre impérative la contrainte par corps facultative.
270. La nullité prononcée contre la convention de contrainte par corps ne fait tomber que la clause relative à la contrainte par corps; elle n'affecte pas les autres clauses du contrat.

COMMENTAIRE.

212. Les articles précédents nous ont montré les cas peu nombreux dans lesquels le Code civil a autorisé la contrainte par corps. Le législateur de cette époque avait voulu user avec parcimonie de ce moyen de rigueur, si voisin de la peine ; et lorsqu'il l'avait écrit dans la loi, il lui avait fallu de graves motifs pour porter cette atteinte à la liberté : 1° conduite odieuse du débiteur, comme stellionat, violation d'un dépôt nécessaire, infidélité des fermiers et colons [1] ; 2° nécessité d'assurer l'exécution des jugements, par exemple lorsqu'une sentence ordonne la réintégrande du propriétaire spolié ; lorsqu'un jugement ordonne le désistement d'un héritage et que la partie condamnée n'y obéit pas ; lorsqu'il est ordonné à un dépositaire public de représenter ses minutes ; lorsque la garde d'une chose arrive dans les mains d'un séquestre, commissaire et gardien par suite d'un contrat judiciaire [2] ; 3° nécessité de maintenir la foi dans les contrats passés avec les agents de la loi [3], par exemple dans les consignations de deniers, etc., etc.

Quant à la contrainte conventionnelle, le Code civil l'avait renfermée dans d'étroites limites ; il ne reconnait la validité d'une stipulation de ce genre que dans deux espèces de contrats : 1° ceux que l'on fait avec les cautions des contraignables par corps ; 2° ceux que l'on passe avec les fermiers pour le payement des fermages [4].

Tel était le système du Code civil. Il formait un tout complet ; il abrogeait les lois précédentes. Tout pacte qui aurait eu pour résultat d'étendre le cercle de la contrainte par corps était nul ; la liberté était mise sous la garde des tribunaux, sous la protection de la loi, sous la recommandation du droit naturel. Triste exception accordée à la nécessité, la contrainte par corps était signalée par notre article comme ne pouvant pas sortir des cas spécifiés expressément par la loi [5]. Sous ce rapport comme sous beaucoup d'autres, l'humanité de notre Code civil éclate quand on le compare aux lois anglaises. En Angleterre, l'exécution de tout jugement entraîne la contrainte par corps au moyen d'un writ de *capias ad satisfaciendum* [6].

Cependant le législateur avait compris qu'il ne fallait pas enchaîner l'avenir ; il avait prévu que des lois nouvelles pourraient ajouter aux dispositions du Code civil ; il réserva leur droit.

Et, en effet, on ne tarda pas à reconnaître que quelques lacunes dans le Code civil laissaient trop de hardiesse à certains débiteurs. Le Code de procédure se chargea de les combler. La plus importante des dispositions de ce Code est l'article 126, relatif aux dommages et intérêts.

213. L'ordonnance de 1667 [7] accordait la contrainte par corps de plein droit [8] pour les dépens montant à 200 livres et au-dessus, quatre mois après la signification du jugement de condamnation [9] ; pour les condamnations à des restitutions de fruits et à des dommages et intérêts s'élevant à la même somme de 200 livres, et aussi quatre mois après la signification du jugement [10].

Gary avait approuvé le Code civil de n'avoir pas reproduit ces dispositions. Si elles offraient une garantie contre les plaideurs de mauvaise foi, elles étaient aussi un moyen d'oppression et une peine non méritée contre ceux qu'une erreur innocente avait conduits dans les tribunaux [11].

214. Toutefois, l'expérience démontra que l'ordonnance de 1667 ne méritait pas tous les reproches de Gary, et qu'il y avait quelques mesures à prendre contre les auteurs de fautes, de délits, de procès dommageables. En conséquence, l'article 126 du Code de procédure civile laisse à la prudence des juges de prononcer la contrainte par corps pour les dommages et intérêts en matière civile, au-dessus de 300 fr. [12]. C'est là un grand pouvoir confié aux tribunaux. La liberté des citoyens est livrée à leur arbitraire. Mais le législateur a pensé que cet arbitraire ne serait employé qu'avec sagesse et discrétion [13]. Leur appréciation éclairée distinguera l'erreur de la mauvaise foi, et, en gardant les rigueurs de la contrainte pour les tracasseries de la chicane, elle épargnera l'homme sans malice qui a été trompé par les apparences du droit.

Qu'on ne s'étonne pas, du reste, que la contrainte puisse être attachée aux dommages et

[1] Gary (Fenet, t. 15, p. 176).
[2] *Id.*, p. 178.
[3] *Id.*, p. 179.
[4] *Id.*, p. 176. *Supra*, n° 203.
[5] *Suprà*, n° 5. *Infrà*, n° 266.
[6] Boncenne, t. 1er, n° 106. Par un statut de George III, la durée de la détention est fixée à 20 jours lorsque la dette n'excède pas 20 schellings, à 40 jours lorsqu'elle n'excède pas 40 schellings. Si la condamnation est de 41 schellings, l'emprisonnement peut durer toute la vie.
[7] Tit. 34, art. 2 et 3.
[8] Boncenne, t. 1er, n° 106.
[9] Pothier, *Procédure civile*, 5e part. chap. 1, § 1, p. 349.
[10] *Id.*
[11] Fenet, t. 15, p. 179.
[12] Sur la durée de cette contrainte, *infrà*, n° 439.
[13] En matière pénale, voy. *infrà*, nos 616 et 651.

intérêts, qui ne sont qu'un accessoire, tandis que le principal ne jouit pas de cette protection et de cette garantie. La loi a vu dans les dommages et intérêts une peine ; elle a voulu en assurer le payement par les moyens les plus sévères, afin de prévenir les fautes lourdes, les manœuvres frauduleuses, les délits qui troublent les rapports civils.

215. On remarquera que l'article 126 n'accorde pas la contrainte par corps pour les dépens. En cela le Code de procédure civile s'est écarté de l'ordonnance de 1667. On a craint la fréquence des demandes de contraintes et l'abus des condamnations [1]. Tout procès eût été une menace pour la liberté, un sujet d'inquiétude pour les plaideurs. C'est pour cela que, malgré l'analogie qui règne entre les dépens et les dommages intérêts, la loi, qui a donné la contrainte par corps à ceux-ci, l'a refusée à ceux-là. La jurisprudence est formelle à cet égard ; elle est la même pour les matières commerciales [2] que pour les matières civiles [3].

216. Mais le juge pourrait-il attacher la contrainte par corps à la condamnation aux dépens, si cette condamnation était prononcée à titre de dommages et intérêts ?

La cour royale de Toulouse établit en principe la négative dans un arrêt du 29 février 1832 [4]. « Les dépens, dit-elle, sont autre chose » que des dommages et intérêts. La loi les dis» tingue des dommages et intérêts par un ca» ractère spécial. Il n'est pas permis d'éluder » cette distinction, surtout dans une matière » qui tient de si près à la liberté individuelle, » en qualifiant de dommages et intérêts une » condamnation que la loi ne prononce que » comme indemnité des frais exposés pour la » poursuite de l'action qu'elle reconnaît juste » et bien fondée, et qu'elle désigne elle-même » sous le nom de dépens. »

D'autres pensent au contraire, avec Pigeau [5], que les dépens adjugés pour tenir lieu de dommages et intérêts sont de véritables dommages et intérêts, et que le juge peut y condamner par corps, bien qu'il ne puisse le faire quand les dépens sont simplement accordés comme dépens [6].

Cette dernière opinion, quoique appuyée sur l'expérience de Pigeau, me paraît difficile à admettre. J'aime mieux le respect scrupuleux de la cour royale de Toulouse pour des distinctions que l'on n'efface qu'en mettant des mots à la place des choses. Les dépens, suivant un adage judicieux rappelé par Boncenne [7], sont dus *propter litem et non propter crimen*. C'est par les dommages et intérêts qu'on répare les torts occasionnés par des vexations. Les dépens ne sont que l'indemnité des procédures faites par le vainqueur.

217. Je ne vois qu'une exception à cette règle : c'est lorsque celui qui aurait dû gagner soit la totalité, soit une partie de ses dépens, est condamné à les supporter et à payer ceux de son adversaire ; et cela parce que, malgré son droit au fond, il s'est rendu coupable d'injures ou de vexations. Alors, il est clair que les dépens sont réellement des dommages et intérêts [8].

Mais toutes les fois qu'il n'en sera pas ainsi, toutes les fois que, comme dans l'espèce de la cour royale de Toulouse, c'est au vainqueur que les dépens sont adjugés par l'effet de la victoire, la qualification de dommages et intérêts est un détour ; elle ne saurait autoriser la contrainte par corps.

218. C'est seulement en matière civile et commerciale que la condamnation aux dépens ne peut avoir la sanction de la contrainte par corps. En matière pénale, les frais et dépens entraînent la contrainte par corps [9].

219. Mais si les dépens des procès civils ne peuvent être le texte d'une condamnation avec contrainte par corps, ils peuvent être un motif de retenir en prison le débiteur incarcéré pour une autre cause. C'est ce qui résulte de l'article 23 de la loi du 17 avril 1832, d'après lequel le débiteur ne peut obtenir son élargissement qu'en payant le capital, les intérêts et les frais liquidés par le jugement. Le débiteur ne doit pas se borner à offrir la somme principale au payement de laquelle il a été condamné par corps. Il doit encore s'acquitter des dépens. Son élargissement est à ce prix [10]. Nous verrons du reste, aux nos 555 et 556, ce qu'il faut comprendre dans les dépens qui viennent faire obstacle à l'élargissement du débiteur.

Nous ajouterons ici que si le débiteur a été condamné par corps au payement d'une somme

[1] Merlin, *Répert.*, v° *Contrainte par corps*, n° 3. Carré sur l'art. 126, C. proc., quest. 539 Boncenne, t. 1er, n° 107. Coin-Delisle, p. 22, n° 30. *Secus* pour les matières pénales. *Infra*, nos 616 et 655.

[2] Cass., 14 nov. 1809. Dall., t. 3, p. 772 ; *Pasicrisie*, à cette date. 4 janvier 1825. D., 25, 1, 12 ; *Pasicrisie*, à cette date.

[3] Cass., 17 janvier 1832. Dall., 32, 1, 179 ; *Pasicrisie*, à cette date. 30 juillet 1833 (Dalloz, 33, 1, 330). *Ib.*

[4] Sirey, 32, 2, 389. Dall., 32, 2, 139. *Journ. du Palais*, t. 1 de 1833, p. 54.

[5] Comm., t. 1er, p. 325. *Junge* Chauveau sur Carré, quest. 539. Arg. d'un arrêt de cass., req., du 18 fév. 1839 (Devill., 39, 1, 447).

[6] *Contrà*, Coin-Delisle, p. 22, n° 30.

[7] T. 2, p. 555.

[8] Boncenne, t. 1er, n° 107.

[9] Art. 52, C. pénal. *Infrà*, n° 616. Voy. sur la matière, *Théorie du Code pénal*, par Chauveau-Hélie, édition du *Commentaire des commentaires*, nos 328-302.

[10] Paris, 17 septembre 1839 (chambre des vacations). Devill., 40, 2, 13. Voy. *Infrà*, nos 555 et suiv.

principale, il ne suffit pas, pour empêcher son arrestation, de payer cette somme principale, il faut encore qu'il paye les dépens. On considère les dépens comme un accessoire qui suit la condition du principal [1].

220. En un mot, les dépens ne peuvent jamais donner lieu à la contrainte par corps d'une manière principale. Mais ils peuvent, à titre d'accessoire d'un principal entraînant contrainte par corps, déterminer l'arrestation ou empêcher l'élargissement du débiteur.

221. Maintenant, occupons-nous d'une manière plus spéciale des dommages et intérêts.

Ce serait une grande erreur que de confondre avec les dommages et intérêts les restitutions qui sont l'exécution de l'obligation principale. Les dommages et intérêts ne sont et ne peuvent être qu'un accessoire, placé en dehors de cette même obligation; ils ne sont que la réparation d'une perte, d'un tort causé d'une manière extrinsèque, outre l'inexécution même du principal; ils viennent s'ajouter au principal; ils ne se confondent pas avec lui et conservent un caractère et une existence distincts. « *Sic quod interest*, dit Dumoulin, *non » comprehendit rem principalem, nec ejus pre- » tium, vel æstimationem, sive principalem » ipsam utilitatem; sed tantum comprehendit » damnum vel lucrum, occasione culpæ vel » moræ, emergens vel cessans extrinsecùs, sci- » licet præter rem principalem et ejus cau- » sam* [2]. » J'ai exposé ces principes dans mon commentaire de la *Vente* [3]; ils sont essentiels; ils sont fondamentaux. Pothier en a recommandé la pratique en rappelant tout ce que Dumoulin a répandu de lumières sur ce sujet, trop obscurci avant lui par les interprètes [4].

222. C'est en les appliquant avec son discernement ordinaire que la cour royale de Nancy a jugé, sur mes conclusions conformes [5], que la contrainte par corps ne peut accompagner la condamnation prononcée contre l'auteur d'un détournement de deniers, et tendant à lui faire restituer les sommes indûment perçues. En effet, cette restitution est l'exécution pure et simple de l'obligation principale, sans aucun mélange d'accessoire qu'on puisse comparer à des dommages et intérêts.

223. Vainement le demandeur aurait-il conclu au payement de la somme, soit à titre de restitution, soit à titre de dommages et intérêts. Cette qualification arbitraire ne saurait changer la nature des choses et faire qu'une restitution soit ce que la jurisprudence est convenue d'appeler dommages et intérêts [6].

Ces idées se retrouvent dans un arrêt de la cour royale de Caen du 23 février 1825 [7]. Un héritier présomptif s'était emparé d'une partie de la succession et il en fut évincé par un autre héritier. Ce dernier demandait la restitution avec contrainte par corps, faisant un abus évident de l'article 126 du Code de procédure civile. La cour royale condamna cette prétention outrée. Même doctrine, même respect des principes dans un arrêt de Pau du 24 janvier 1837 [8].

224. Mais si nous jetons les yeux sur un arrêt de la cour royale de Colmar du 7 avril 1821 [9], nous trouvons des doctrines qui foulent aux pieds ces notions judicieuses et qui ne tendent à rien moins qu'à transformer en condamnation en dommages et intérêts toutes les restitutions qui émanent de l'obligation principale, qui sont l'obligation principale elle-même mise à exécution. Coin-Delisle donne l'honorable épithète de *savants* aux motifs de cet arrêt [10]. Est-ce parce que Rebuffe y est cité avec une loi romaine? Je les trouverais plus savants encore, ces motifs, s'ils ne paraissaient pas ignorer que Dumoulin, le grand maître en cette matière, a réfuté précisément Rebuffe de la manière la plus péremptoire et la plus victorieuse. Comme je me suis occupé ailleurs de cet arrêt et que je l'ai réduit à sa juste valeur [11], je ne veux pas continuer à lui faire ici une guerre facile. Je n'ajouterai qu'un mot. Quelques expressions de Duvergier [12] donnent à entendre (je ne sais si je les comprends bien) que l'arrêt de Colmar est conforme à la doctrine de Dumoulin sur les dommages et intérêts; et, dès lors, on pourra s'étonner de me voir combattre la cour de Colmar avec les armes de ce grand jurisconsulte. La vérité est que la cour royale de Colmar est en révolte ouverte contre Dumoulin, dont, au reste, elle ne paraît pas avoir connu le célèbre et admirable Traité. J'ai cité tout à l'heure le résumé de la doctrine de Dumoulin; je suppose qu'elle est présente à la pensée du lecteur. Eh bien! voici ce que disent les considérants de la cour de Colmar :

« Attendu que s'il est des cas où l'expres- » sion de dommages et intérêts se prend dans » l'acception *restrictive* et *spéciale* de ce qui » est demandé indépendamment du principal, » cette expression, *dans le sens propre et géné- » rique*, comprend non-seulement le désinté- » ressement du gain qu'on n'a pas fait, ou la » réparation du dommage qu'on a reçu, *mais*

---

[1] Même loi. *Infrà*, nº 560.
[2] *De eo quod interest*, nºs 9, 11, 13.
[3] T. 1, nº 503.
[4] *Vente*, nº 69. Voy. aussi nºs 131, 132, 133.
[5] 18 mai 1827. Dall., 27, 2, 199. Voy. *suprà*, nº 82. Sirey, 27, 2, 229. *Pasicrisie*, à sa date.
[6] Même arrêt. *Junge* autre arrêt inédit du 25 février 1833 de la même cour (Passerat de la Chapelle contre Mansuy).
[7] *Pasicrisie*, à sa date.
[8] Palais, 1837, t. 2, p. 251.
[9] Dalloz, t. 3, p. 732; *Pasicrisie*, à sa date.
[10] P. 22, nº 34.
[11] Mon comm. de la *Vente*, t. 1, nº 503.
[12] *Vente*, t. 1, nº 358.

» *plus particulièrement l'indemnité de la perte* » *qu'on a faite.* »

Est-ce clair ? n'est-ce pas le contre pied de Dumoulin ? Et comment en douter, lorsque la cour royale met son arrêt sous le patronage de Rebuffe, si sévèrement traité par Dumoulin [1] ? Comment hésiter surtout sur la confusion déplorable qu'elle consacre, lorsqu'elle décide que la restitution du prix de vente fait partie des dommages et intérêts ? Est-ce que la thèse de Dumoulin n'est pas précisément que le prix de vente ne fait pas partie des dommages et intérêts ?

Coin-Delisle veut excuser l'arrêt de Colmar par des raisons de fait. Il n'y en a pas qui puissent faire que le principal soit l'accessoire, que le payement du prix de vente soit le payement d'une indemnité.

225. Je suis d'autant plus inexorable à l'égard de cette décision, que la fausse science dont elle est revêtue a fait illusion à quelques esprits peu familiers avec l'ouvrage de Dumoulin. Thomine-Desmazures, par exemple, en a conclu [2] que la faculté donnée aux tribunaux de condamner par corps pour dommages et intérêts leur permet, dans certains cas extraordinaires, de convertir une simple dette en dette par corps. Cette erreur est si dangereuse ; elle fausse tellement le sens de l'art. 126 du Code de procédure civile ; elle est si contraire aux principes, à la raison, à l'humanité, que je ne trouve pas d'expressions assez énergiques pour la réfuter. Toutefois, je ne voudrais pas m'approprier celles dont se sert Dumoulin à l'égard de ses adversaires. Son vocabulaire sent un peu trop la licence des disputes scolastiques.

226. Chauveau [3] prend un autre biais. Placé en présence de l'arrêt de Colmar et de l'arrêt de Nancy, il cherche à les concilier en disant : « C'est là une question de droit civil » qui dépend beaucoup de l'appréciation des » faits. » Il n'en est rien. Lorsque le juge n'a fait qu'ordonner l'exécution de l'obligation principale, sans addition de dommages et intérêts, c'est qu'il n'a pas cru que l'affaire comportât une condamnation à des dommages et intérêts ; c'est qu'il s'en est tenu à l'exécution pure et simple de l'obligation principale ; c'est que la contrainte par corps ne doit pas être prononcée. Une cour qui s'écarterait de ces règles exposerait son arrêt à la cassation.

227. Ceci n'est pas en contradiction avec ce que nous avons enseigné ci-dessus, n°s 216 et 217, au sujet des dépens. La transformation des dépens en dommages et intérêts dans le cas prévu au n° 217 n'est pas un effort d'arbitraire, une couleur trompeuse ; il y a là de vrais dommages et intérêts payés avec la monnaie des dépens.

228. Mais, du moins, ne faudra-t-il pas considérer comme des dommages et intérêts l'estimation que le juge condamne quelquefois à payer faute par le débiteur de représenter *in individuo* la chose principale comprise dans l'obligation ? Cette question est plus délicate que la précédente. Elle a été tranchée pour l'affirmative par deux arrêts de la cour de cassation, l'un du 30 juillet 1833 [4], l'autre du 22 juin 1837 [5].

Dans l'espèce de ce dernier arrêt, les époux Robert avaient spolié la succession d'un sieur Berthéas, échue à Escallier. Ce dernier les poursuivit en restitution des objets enlevés, ou de 45.000 fr., montant de leur valeur, et en 10.000 fr. de dommages et intérêts. Ainsi, il y avait dans sa demande deux choses bien distinctes : restitution du principal, soit en nature, soit en argent, dommages et intérêts.

Après une enquête sur les faits de spoliation, la cour royale de Lyon condamna les époux Robert et même le mari, par corps, à payer à Escallier 24,300 fr. pour la valeur des objets spoliés. Il est essentiel de remarquer que cette somme de 24,300 fr. se compose de 300 fr. représentant l'argenterie détournée, de 4,000 fr. pour tenir lieu des espèces d'or et d'argent, de 20,000 fr. estimation des créances ; total, 24,300 fr. Ainsi, ces 24,300 fr. correspondaient aux choses mêmes enlevées. Il n'y avait rien en sus pour dommages et intérêts. Sur le pourvoi, les demandeurs en cassation représentaient que la cour royale n'avait pas dit, en termes formels ou équivalents, que c'était à titre de dommages et intérêts que la condamnation avait été prononcée. Ils ajoutaient qu'en fait, tout était restitution, et qu'il n'y avait pas de dommages et intérêts proprement dits. La chambre des requêtes, au rapport de M. Bayeux et sur les conclusions de M. Hervé, rejeta le pourvoi : « Attendu que la cour ayant condamné les demandeurs à payer 24.300 fr. » comme réparation du tort causé, on doit considérer cette condamnation comme accor- » dant de véritables dommages et intérêts ; et, » pour assurer leur payement, on a pu aussi » prononcer la contrainte par corps. »

Au soutien de cette décision, on pourrait citer l'opinion émise par Coin-Delisle [6]. Cet auteur pense, en effet, que toutes les fois que, faute par le débiteur de rendre la chose à laquelle il est tenu *in individuo*, il est condamné à en rendre la valeur, cette condamnation est une vraie condamnation en dommages et intérêts.

Tel n'est cependant pas le sentiment de Dumoulin [7]. Coin-Delisle paraît l'avoir ignoré.

[1] Voy. mon comm. de la *Vente, loc. cit.*
[2] T. I. p. 218.
[3] Sur Carré, quest. 535 *bis.*
[4] Dall., 33, 1, 330. *Pasicrisie,* à cette date.
[5] Dall., 37, 1, 395. Devill., 37, 1, 984, 985.
[6] P. 25, n°s 36, 37.
[7] *De eo quod interest,* n°s 9 et 15.

Suivant notre grand et profond jurisconsulte, la condamnation à payer l'estimation de la chose principale n'est pas une condamnation à des dommages et intérêts. Car les dommages et intérêts ne comprennent jamais ni la chose principale, ni son prix, ni son estimation, ni sa principale utilité, ni ses accessoires naturels. On a vu ci-dessus les paroles de Dumoulin. Dans une autre partie de son Traité, Dumoulin se demande si l'action tendant à obliger le locataire à payer la valeur de la maison qu'il a laissée brûler par son imprudence n'est pas *vera rei persecutio et principale debitum* [1], et il se prononce pour l'affirmative.

Dans l'espèce jugée par l'arrêt du 22 juin 1837, les héritiers spoliés avaient précisément fait la distinction de Dumoulin : ils avaient demandé une somme pour tenir lieu de principal, et, de plus, des dommages et intérêts. Ils avaient compris que, soit que l'obligation de rendre s'accomplit par la restitution en nature, soit qu'elle s'accomplit par le payement de l'estimation, c'était toujours autre chose que des dommages et intérêts. *Quod interest strictè, seu potius respectivè, non comprehendit rem principalem, nec ejus pretium* VEL ÆSTIMATIONEM [2].

Dans une matière qui tient à la liberté, et où tout doit être pris dans un sens étroit, je crains que la cour de cassation n'ait préféré l'opinion la plus sévère et celle qui s'accorde le moins avec les données de la science. J'aimerais mieux (je l'avoue) les distinctions de Dumoulin.

229. Mais faisons-y bien attention ! ces deux arrêts des 30 juillet 1833 et 22 juin 1837, quelle que soit leur valeur, n'ébranlent en rien ce que nous avons enseigné aux n°s 221 et suivants; ils ne prêtent aucun appui à la thèse de l'arrêt de Colmar. Que l'on éprouve de l'hésitation lorsqu'il s'agit de l'évaluation de la chose que le débiteur s'est mis par sa faute dans l'impossibilité de rendre en nature, comme il y était tenu, je le comprends. Mais les doutes ne sauraient être permis lorsque la question porte sur la chose même portée dans la convention.

230. Les dommages et intérêts sont autre chose que les restitutions de fruits [3]. L'ordonnance de 1667 l'entendait ainsi; car elle en faisait une classe distincte des dommages et intérêts accordant à tous la sanction de la contrainte par corps [4]. L'article 126 du Code de procédure civile, rapproché de l'ordonnance, confirme cette distinction. Il ne donne la contrainte par corps qu'aux dommages et intérêts, et il ne parle pas des restitutions de fruits. Ce silence a été calculé; il est significatif.

231. Nous avons vu ci-dessus que l'art. 126 du Code de procédure civile ne fait qu'accorder aux magistrats une faculté; nous avons même ajouté qu'ils doivent en user avec modération et en grande connaissance de cause. Comme la contrainte par corps a été autorisée dans l'intérêt de la partie lésée, il est de règle que le juge ne peut la prononcer d'office ; le défaut de conclusion lui lie les mains. La partie lésée est censée renoncer à ce moyen rigoureux [5].

232. Entre les matières civiles et les matières pénales il y a cette différence que l'art. 126 n'est pas impératif, tandis que l'article 52 du Code pénal oblige le juge à prononcer la contrainte par corps pour les dommages et intérêts [6].

De là une question contre laquelle la cour royale de Paris est venue se heurter ; la voici :

Lorsque le demandeur, au lieu de porter devant les tribunaux répressifs l'action résultant du délit dont il a été victime, aime mieux saisir les tribunaux civils, l'article 52 du Code pénal accompagne-t-il cette action, et l'article 126 du Code de procédure civile doit-il lui faire place ?

La négative est de toute évidence. En renonçant aux tribunaux criminels, le demandeur s'est engagé à subir la loi des tribunaux civils ; il a accepté les conditions de leur procédure et le droit commun qui préside à leurs jugements. Or, dans l'enceinte des tribunaux civils règne l'article 126 ; il est leur règle ; l'article 52 du Code pénal n'a pas été fait pour eux.

La cour royale de Paris avait cru cependant que le choix fait par le demandeur ne devait pas lui enlever les garanties qu'il aurait trouvées devant la juridiction criminelle. Mais nous avons vu ci-dessus que sa décision a été cassée [7].

233. Ce n'est que lorsque les dommages et intérêts excèdent 300 fr. que le juge peut y attacher la contrainte par corps. S'ils étaient inférieurs, l'intérêt serait trop modique pour qu'on lui fît le sacrifice de la liberté. Le créancier n'a pas droit, pour si peu de chose, à un gage si précieux [8].

Pour calculer le chiffre de ces dommages et intérêts, la cour de cassation permet de cumuler les dommages et intérêts proprement dits avec l'estimation de la chose qui devait être repré-

[1] N° 177.
[2] Dumoulin, n° 9.
[3] Dumoulin. *De eo quod interest*, n° 9.
[4] Pothier, *Procéd. civ.*, p. 349.
[5] Jousse sur l'ordonn. de 1667, tit. 34, art. 4. Boncenne, t. 1, n° 105; Carré, n° 540, etc., etc.
(6) *Infrà*, n°s 616, 655 et 656. — Il appartient au juge, d'après les circonstances, de prononcer la contrainte par corps pour dommages et intérêts en matière civ. Br., 25 oct. 1843, *J. de B.*, 1844, 2, 339.
[7] *Suprà*, n° 83. *Junge* Coin-Delisle qui a écrit avant l'arrêt de cassation, p. 24 ; et Carre, n° 533. Nîmes, 19 juin 1819, *Pasicrisie*, à sa date.
[8] Boncenne, t. 1er, n° 106.

sentée en nature et qui a été divertie [1]. Les observations que nous avons faites au n° 228 permettent d'élever quelques doutes sur la légalité de ce cumul.

234. Il est dans l'art. 126 une autre disposition extensive de la contrainte par corps telle que le Code civil l'avait organisée. C'est celle qui autorise le juge à la prononcer pour reliquats de compte de tutelle, curatelle, d'administration de corps et communautés, établissements publics, ou de toute administration confiée par justice et pour toutes restitutions à faire par suite desdits comptes.

235. Cette partie de l'art. 126 est empruntée, comme celle qui est relative aux dommages et intérêts, à l'ordonnance de 1667 [2]. Mais l'ordonnance de 1667 soumettait les comptables à la contrainte par corps, de plein droit, après 4 mois de la condamnation obtenue contre eux [3]. L'article 126 du Code de procédure civile n'a pas consacré cette idée; il laisse le juge maître d'examiner avec équité et d'après les circonstances si la contrainte par corps est, oui ou non, nécessaire. C'est surtout à l'égard des tuteurs et des administrateurs gratuits que des ménagements ont semblé au législateur pouvoir être employés [4]. Ils répondent sur leurs biens d'une gestion qu'ils n'ont souvent prise que par affection; il serait souvent trop rigoureux d'ajouter à cette responsabilité réelle celle de la personne et de la liberté.

236. Mais la contrainte par corps ne peut être prononcée en cette matière, de même que dans le cas de dommages et intérêts, qu'autant que le reliquat dépasse 300 fr. Un reliquat inférieur à 300 fr. n'atteint pas la fortune du créancier d'une manière assez fâcheuse pour autoriser la perte de la liberté. A la vérité l'art. 126 ne s'explique pas, en ce qui concerne les reliquats de comptes, sur la quotité de la somme. Mais il faut l'interpréter et le limiter par l'article 2065 du Code civil [5].

237. La contrainte par corps facultative, prononcée par l'art. 126 du Code de procédure contre certains comptables, n'a pas dérogé à la contrainte par corps impérative établie contre certains autres par l'article 2060 du Code civil [6].

238. Il est même à remarquer que l'art. 5 de la loi du 17 avril 1832 a ajouté à l'article 126 du Code de procédure civile en soumettant à la contrainte par corps impérative les comptables des deniers des communes, hospices et établissements publics, ainsi que leurs cautions, agents et préposés ayant personnellement géré ou fait la recette [7]. Elle a rattaché cette matière à la contrainte par corps administrative établie en faveur de l'État; elle a assimilé les comptables, leurs cautions et leurs sous-traitants à ceux de l'État.

239. On ne doit pas ranger parmi les comptables soumis à la contrainte par corps l'héritier bénéficiaire. Quoique administrateur, il n'est pas un administrateur dont le droit émane de la justice [8].

240. En est-il de même des héritiers présomptifs d'un absent envoyés en possession provisoire [9]? C'est un jugement qui les envoie en possession; ce jugement les constitue administrateurs comptables envers l'absent [10]. La succession n'est pas ouverte; elle est seulement occupée par anticipation. Il paraît donc difficile d'établir une comparaison entre les envoyés en possession provisoire et l'héritier bénéficiaire.

Toutefois, je pense, avec Coin-Delisle [11], qu'ils échappent à la disposition de l'art. 126 du Code de procédure civile. Car ce n'est pas la justice qui les choisit; ce n'est pas de la justice qu'émane leur droit à l'administration des biens de l'absent. Ce droit, ils le tiennent de leur qualité d'héritiers, et la justice intervient plutôt pour le déclarer, après vérification, que pour le déférer.

241. Que dirons-nous des syndics d'une faillite? Ils sont nommés par le tribunal et ils sont comptables. Aussi la jurisprudence les soumet-elle à la contrainte par corps pour le reliquat de leur compte [12]; elle les envisage comme chargés d'une administration confiée par justice [13].

242. Lorsque le comptable reconnaît avoir entre les mains un capital appartenant à l'oyant, il peut être contraint par corps, même avant le compte [14].

243. Bien entendu du reste que ce capital doit s'être trouvé dans les mains du comptable par suite de son administration, et qu'il en est responsable en cette qualité. Il en serait autrement si la somme ne se rattachait pas au compte.

244. Nous venons de nous occuper, avec l'article 126, des comptables publics ou de

---

[1] 30 juillet 1833 (Dall., 33, 1, 330), *Pasicrisie*, à cette date.
[2] Pothier, *Procéd. civ.*, p. 340.
[3] Boncenne, t. 1er, n° 106.
[4] *Infrà*, n° 238.
[5] Boncenne, t. 1er, n° 106. Carré, n° 536. Bastia, 13 juin 1827. Journal des avoués, t. 31, p. 391. Voy. du reste les art. 10 et 13 de la loi du 17 avril 1832.
[6] *Suprà*, n° 142. Coin-Delisle, p. 26, n° 47.
[7] Chauveau sur Carré, n° 538. *Infrà*, n° 456.
[8] Carré, n° 537.
[9] Art. 120, C. civ.
[10] Art. 125, C. civ.
[11] P. 26, n° 46.
[12] Cass., req., 18 janvier 1814 (D., 8, 107). Paris, 30 sept. 1837 (Dall., 38, 2, 23); *Pasicrisie*, à ces dates.
[13] *Junge* Esnault, *Des faillites*, t. 2, n° 449; mais ses raisons ne sont pas toutes bien exactes. *Infrà*, n° 371. *Suprà*, nos 134, 135, 136.
[14] Bastia, 31 août 1826. Dall., 27, 2, 179; *Pasicrisie*, à sa date.

ceux qui tiennent leur mandat de la justice.

Quant aux comptables ordinaires, il n'est pas permis de leur appliquer les dispositions de l'article 126; le payement des sommes dont ils sont reliquataires ne peut avoir la sanction de la contrainte par corps [1].

245. Toutefois, l'article 534 du Code de procédure civile, par une nouvelle addition au Code civil, autorise le juge, s'il y échet, à contraindre par corps le comptable à rendre son compte, lorsqu'un délai lui ayant été assigné pour le présenter, il a laissé expirer ce délai.

Ici la contrainte par corps ne se lie pas au payement des sommes dont le comptable peut être débiteur; elle n'a trait qu'à la reddition du compte.

246. Cette observation se fortifie d'un arrêt de la cour de Limoges du 13 juin 1822 [2]. Un tribunal de première instance, pour vaincre la résistance du comptable, avait arbitré à 1,000 fr. la somme pour laquelle il pourrait être saisi dans ses immeubles, conformément à l'article 534 du Code de procédure civile; de plus, il avait déclaré qu'il pourrait être contraint par corps au payement de cette somme. Sur l'appel, la cour de Limoges décida qu'en ce point le premier juge avait été trop loin. La contrainte par corps ne peut être prononcée que pour la reddition du compte seulement; elle ne saurait l'être pour le payement de la somme arbitrée afin de servir de base et de mesure à la saisie des biens [3].

247. Il est un autre cas de contrainte par corps facultative autorisée par le Code de procédure civile; c'est celui des articles 201 et 221 qui permettent au juge de contraindre par corps les détenteurs de pièces non dépositaires publics.

248. Autre addition au Code civil : l'art. 213 du Code de procédure civile autorise le juge à prononcer la contrainte par corps, même pour le principal, contre celui qui, de mauvaise foi, a dénié son écriture. Sans cette dénégation, il aurait été affranchi de la contrainte; mais sa mauvaise foi le rend sujet à cette voie d'exécution, et le juge peut l'y condamner.

349. Enfin, nous trouvons la contrainte par corps écrite dans les articles 264, 690, 712, 714 et 744 du Code de procédure civile.

L'article 264 édicte la contrainte par corps d'une manière impérative pour le payement de l'amende de 100 fr. prononcée contre les témoins défaillants.

250. L'article 690 l'autorise pour les dommages et intérêts auxquels s'expose le saisi qui se permet de faire des coupes de bois et se rend coupable de dégradations [4]. Ce n'est pas ici la contrainte facultative de l'article 126 du Code de procédure civile; c'est une contrainte par corps impérativement ordonnée, en haine de la conduite du saisi et pour réprimer la détérioration coupable du gage des créanciers.

251. La contrainte par corps est également impérative dans l'article 714, qui veut que le saisi soit contraint par corps à délaisser la possession de l'immeuble adjugé [5]. Ce cas se rapproche de la réintégrande [6]. L'héritage a été adjugé par justice, et le saisi qui en garde la possession se rend coupable d'une désobéissance odieuse, d'un manque de foi envers ses créanciers, d'une sorte de spoliation.

252. Les articles 712 et 714 soumettent à la contrainte par corps le fol enchérisseur. Cette jurisprudence est très-ancienne [7]. Le fol enchérisseur apporte par son fait un trouble très-grave dans les rapports des créanciers; il paralyse le payement; sa faute est si pernicieuse qu'il fallait édicter des mesures sévères afin de prévenir les adjudications imprudentes.

C'est aussi une contrainte par corps impérative que celle qui a lieu contre le fol enchérisseur.

253. L'article 320 du Code de procédure civile rend passible de la contrainte par corps l'expert en retard de déposer son rapport ou refusant de le déposer. Ce rapport appartient à la justice; il se rattache à un mandat judiciaire.

Mais la contrainte par corps est ici facultative. L'article 320 rentre dans le système de l'article 126 du Code de procédure civile. La contrainte par corps prononcée contre l'expert ne doit pas être plus impérative que celle par laquelle la loi atteint les tuteurs, les syndics d'une faillite.

254. Tels sont les cas de contrainte par corps ajoutés par le Code de procédure civile au Code civil. On a maintenant sous les yeux l'ensemble des dispositions qui, en matière civile, atteignent certains débiteurs par la contrainte par corps. Nous ne parlons que des débiteurs nationaux; car les étrangers sont en dehors du droit commun, ainsi que nous le verrons plus tard [8]. Quant à présent, nous ne nous occupons, avec le Code civil, que des débiteurs regnicoles. Du reste, nous verrons dans un autre moment ce qui concerne les matières commerciales, criminelles et administratives [9].

255. Hors ces cas, il est expressément défendu aux juges de prononcer la contrainte

[1] Arg. d'un arrêt de Limoges, 13 juin 1822; *Pasicrisie*, à cette date.
[2] *Loc. cit.*
[3] *Junge* Chauveau sur Carré, n° 1869.
[4] Nouvel art. 683, C. proc.
[5] Nouvel art. 712.
[6] *Suprà*, n° 84.
[7] Pothier, *Procéd. civ.*, p. 355. Orléans, article 439, art. 710 et 740 du nouveau titre des *Saisies*.
[8] *Infrà*, sur l'art. 2070.
[9] Voy. le comm. de l'art. 2070.

par corps, soit pour raison d'analogie, soit dans une vue de répression et de moralité. C'est en vain qu'ils mettraient en avant l'intérêt de la justice ou la nécessité d'assurer l'exécution de leurs jugements. L'ordonnance de Moulins, obéissant à cette idée (poussée trop loin) de faire respecter les arrêts de la justice, avait décidé que, pour faire cesser les *subterfuges, délais et tergiversations des condamnés*, tout jugement de condamnation, même en matière civile, emporterait contrainte par corps quatre mois après la signification [1]; mais l'ordonnance de 1667 avait aboli cet usage rigoureux, qui se ressentait trop du mépris du moyen âge pour la liberté des citoyens [2].

Il y a plus : ainsi que nous le verrons dans un instant [3], les parties ne peuvent pas se soumettre volontairement à la contrainte par corps, hors les cas spécifiés par la loi. La liberté émane de la loi naturelle; elle est d'ordre public. Le consentement privé est impuissant pour l'enchaîner et la restreindre. Elle peut toujours élever la voix pour rentrer dans son intégrité. L'article 2063 lui réserve donc ses droits tant contre le fait du juge que contre de téméraires engagements.

236. Sous l'empire de l'ordonnance de 1667 (qui du reste est la source de notre article) [4], on n'avait pas toujours montré les mêmes scrupules. Il y avait eu des extensions du texte de l'ordonnance. On s'était préoccupé de certains faits odieux, tels que violence, dol, fraude; et, raisonnant par assimilation, on avait franchi en quelques points les limites de la loi [5]. C'est ce qu'avait fait le chancelier d'Aguesseau dans sa correspondance avec les magistrats; suivant en cela, du reste, les errements de la jurisprudence [6].

Ainsi, bien qu'il fût d'avis que l'ordonnance de 1667 avait voulu faire cesser l'abus des contraintes par corps, il soutenait cependant que ce n'était que pour les matières purement civiles qu'elle en avait limité l'emploi; que dans les matières qui, quoique civiles par leur nature ou leur origine, reçoivent un mélange de crime par la fraude ou la violence des parties, il fallait avoir égard plus à l'esprit de l'ordonnance qu'à sa lettre; que son esprit n'est pas douteux puisqu'elle prononce la contrainte par corps dans le cas de réintégrande, de stellionat, de dépôt nécessaire : tous cas dans lesquels il y a de la violence, de la fraude, du dol, qui ont rendu l'affaire *mixte*, c'est-à-dire en partie civile, en partie criminelle; qu'ainsi, suivant l'esprit et les exemples de l'ordonnance, rien n'empêchait les juges de prononcer la contrainte par corps toutes les fois qu'il survient un mélange de crime dans une affaire originairement civile [7]. Nous avons vu ci-dessus, nos 124 et 143, les applications que d'Aguesseau faisait à divers cas particuliers de cette doctrine élastique [8]. C'était ne tenir aucun compte de l'ordonnance de 1667 et faire survivre à ses dispositions une ancienne jurisprudence [9] qu'elle abolissait.

Quoi qu'il en soit, cette opinion de d'Aguesseau n'est plus admissible aujourd'hui [10], et le magistrat qui raisonnerait avec la subtilité de l'illustre chancelier se mettrait en insurrection avec l'article 2063 du Code civil. Il n'y a qu'un moyen légal de prendre la fraude, le dol, la violence : c'est la voie des dommages et intérêts et l'article 126 du Code de procédure civile.

237. Mais ne confondons pas avec la contrainte par corps des moyens d'exécution qui, bien qu'employant la force publique pour contraindre la personne, n'aboutissent cependant pas à l'emprisonnement; et dès lors n'appliquons pas à ces exécutions *manu militari* les scrupules que l'article 2063 n'a exprimés que pour la contrainte par corps proprement dite, pour la privation de la liberté.

238. Par exemple, on a beaucoup discuté, il y a quelques années, pour savoir si la justice peut autoriser un mari à employer le ministère d'un huissier et même, en cas de besoin, la main militaire, pour faire rentrer sa femme au domicile conjugal. Ayant vu cette difficulté de près dans l'exercice de mes fonctions de magistrat de cour royale, j'avoue qu'elle m'a toujours semblé plus pointilleuse que réelle [11]. Comme le dit avec beaucoup de discernement la cour royale de Nancy dans un arrêt du 11 août 1826 [12] : « Si » une femme s'obstine à désobéir à la justice, » il est naturel et légitime de l'y contraindre, » même par l'emploi de la force publique, si » toutes autres voies d'exécution sont inefficaces. On ne peut raisonnablement assimiler » cette mesure à la contrainte par corps ordinaire, puisqu'un emprisonnement temporaire est le but de la contrainte par corps, » tandis qu'au cas actuel il ne s'agit que de » réintégrer au domicile une épouse recalci-

[1] Art. 48.
[2] Tit. 34, art. 1.
[3] *Infrà*, no 266.
[4] Art 6, tit. 34.
[5] *Infrà*, no 504.
[6] *Id.* Coquille, quest. 195.
[7] Lettre au 1er président d'Alsace du 3 novembre 1736 (Recueil des ordonnances d'Alsace, t. 1, p. 144). Merlin, *Quest. de droit*, vo *Contrainte par corps*, § 5.
[8] *Infrà*, no 504, un exemple.
[9] Voy. Coquille, quest. 195.
[10] Merlin, *loc. cit.*
[11] *Junge* Coin-Delisle, p. 31, no 4. Vazeille, *Du mariage*, t. 2, no 548. O. Barrot (*Encyclop. du droit*, vo *Abandon d'épouse*). *Suprà*, no 58.
[12] Dall., 26, 1, 648.

» traute à ses devoirs; dès qu'elle y est arrivée, » la liberté la plus complète lui est rendue. Le » principe contraire serait destructif de l'autorité des jugements; il autoriserait une » séparation d'un nouveau genre entre con» joints. »

Voilà le langage de la vérité ; aussi le pourvoi dirigé contre cet arrêt a-t-il été rejeté par la chambre des requêtes au rapport de mon savant ami M. Lasagni [1]. Je ne conçois pas que le judicieux annotateur du nouveau recueil de Devilleneuve ait élevé des doutes sur un point de droit si clair et si palpable [2]. S'il est permis de douter en pareille matière, il faut renoncer à la certitude en jurisprudence [3].

259. Par la même raison, le tuteur peut obtenir de la justice une décision qui ordonne que le mineur reviendra auprès de lui, et cela avec autorisation de faire exécuter le jugement par tous les moyens ordinaires, y compris le moyen autorisé par le droit commun de faire intervenir la force publique si tous les autres sont inefficaces. Il ne s'agit pas de la contrainte par corps, aucun emprisonnement ne devant s'ensuivre [4].

260. A plus forte raison pourrait-on accorder ce droit au père ou à la mère non remariée, si le fils mineur s'échappait de la maison paternelle [5] et refusait d'y rentrer. Les articles 376 et suivants du Code civil offrent ici un argument puissant, s'il en était besoin pour appuyer une thèse si claire.

261. Voyons maintenant le sort d'un jugement et d'une convention qui, hors les cas définis par la loi, prononceraient et stipuleraient la contrainte par corps.

Le jugement qui n'est pas passé en force de chose jugée peut être frappé d'appel lors même que la somme pour le payement de laquelle la contrainte par corps a été indûment prononcée serait dans le taux du dernier ressort [6]. Ceci est contraire au principe d'après lequel l'accessoire suit le sort du principal. Mais la loi du 17 avril 1832 [7], s'écartant de la jurisprudence [8] qui avait dû se conformer à cette idée, a considéré la liberté comme un bien précieux, inestimable, qui donne toujours naissance à des questions principales, plus importantes encore que la question d'argent à l'occasion de laquelle elle se débat. L'humanité a forcé la main à la logique au droit rigoureux.

262. L'acquiescement à un jugement qui prononce illégalement la contrainte par corps n'empêche pas d'appeler [9], si les délais de l'appel ne sont pas échus.

Un non-négociant avait été condamné par corps à payer des billets à ordre qu'il avait souscrits. Il avait acquiescé formellement à sa condamnation, même en ce qui concerne la contrainte par corps. Plus tard, il se pourvut par appel devant la cour royale de Paris, soutenant que son acquiescement était nul, en tant du moins qu'il portait sur la contrainte par corps; qu'il n'est pas permis à un particulier d'aliéner sa liberté; qu'il y a nullité d'ordre public. Ce système fut pleinement adopté par arrêt de la cour royale de Paris du 19 septembre 1832 [10]. D'autres arrêts viennent fortifier cette décision : arrêts des cours de Rouen des 15 novembre 1825 [11] et 5 novembre 1827 [12], Bordeaux, 21 décembre 1825 [13], Pau, 10 février 1836 [14], Nanci 3 août 1837 [15], Caen, 10 janvier 1838 [16], Bruxelles, 2 juin 1826, 19 novembre 1825, 4 janvier 1827 [17].

263. On trouve cependant dans les recueils quatre décisions qui semblent contraires. Mais, en ce qui concerne trois de ces arrêts, cette contradiction n'est qu'apparente.

Ainsi, un arrêt de la cour royale de Paris du 2 juin 1827 [18], souvent cité en opposition avec ceux dont on vient de voir l'énumération, se justifie si l'on veut bien remarquer que l'acquiescement portait sur la qualité de négociant. L'appelant avait formellement reconnu qu'il était commerçant, et il n'était pas possible, sans méconnaître la puissance qui s'attache à une pareille reconnaissance, de la re-

---

[1] 9 août 1826 (Dall., 26, 1, 448). Dans le même sens : Nîmes, 11 juin 1806 (Dall., 10, 120), *Pasicrisie*, à cette date. Paris, 29 mai 1808 (Dall., 10, 117), *ib.* Pau, 12 avril 1810 (Dall., 10, 117), *ib.* Turin, 17 juillet 1810 (Dall., 10, 117), *ib.* Colmar, 4 janvier 1817 (Dall., 10, 117), *ib.* Aix, 29 mars 1831 (D., 33, 2, 66) (Devill., 33, 2, 29). *Contrà :* Toulouse, 24 août 1818 (Dall., 20, 295), *Pasicrisie*, à sa date. Colmar, 10 juill., 1833 (Devill., 34, 2, 127); Palais, t. 3 de 1833, p. 563; Duranton, t. 2, nos 439, 440.

[2] T. 2, p. 61 de la 2e partie, à la note.

[3] *Infra*, no 513.

[4] Bastia, 31 août 1826 (Dall., 27, 2, 179). *Pasicrisie* à cette date.

[5] Coin Delisle, p. 31, no 3.

[6] En Belgique, le principe contraire continue à prévaloir dans la jurisprudence. Liége, 21 mai 1839; Br., 26 avril 1843. (*J. de B.*, 1839, 2, 402; 1843, 2, 190.)

[7] Art. 20. *Infrà*, no 544.

[8] Cass., 5 novembre 1811; *Pasicrisie*, à sa date. 17 juillet 1833 (Devill., 33, 1, 561). (Dall., 33, 1, 339). Palais, t. 3 de 1833, p. 140.

[9] Merlin. *Quest. de droit*, vo *Contrainte par corps*, § 11. Coin-Delisle sur l'art. 2063, no 12. En Belgique prévaut le système contraire. Br., 2 juin 1826, 4 janv. 1827; *J. de B.*, 1826, 2, 269; 1827, 1, 140.

[10] Dall., 33, 2, 161; Devill., 33, 2, 472.

[11] Dall., 26, 2, 73; *Pasicrisie* à cette date.

[12] D., 28, 2, 95; *ib.*

[13] *Pasicrisie*, à cette date.

[14] Devill., 36, 2, 363.

[15] *Id.*

[16] Devill., 39, 2, 70.

[17] Merlin. *Quest. de droit*, vo *Contrainte par corps*, § 11.

[18] Dall., 28, 2, 136; *Pasicrisie*, à cette date.

mettre en question. Et comme la contrainte par corps était la conséquence virtuelle de la qualité de négociant, il s'ensuit qu'on ne pouvait contester la légitimité de ce moyen de coaction qu'en contestant la qualité dont elle émanait. Or, à cet égard, il y avait chose souverainement jugée et acquiescée, et l'acquiescement s'imprimait sur une chose qui n'était pas d'ordre public; il portait moins sur la contrainte par corps que sur la qualité de la personne.

J'explique de la même manière un arrêt de la cour de Caen du 30 août 1836 [1] et un arrêt de la cour de Bourges du 8 mai 1837 [2].

Reste un arrêt de la cour de Toulouse du 28 janvier 1841 [3]. Mais à lui seul il ne saurait balancer l'autorité de la jurisprudence et des principes.

264. Si les délais pour se pourvoir sont expirés, le jugement, ayant acquis l'autorité de la chose souverainement jugée, doit recevoir son exécution, et, quelque illégale que soit la condamnation avec contrainte par corps, elle subsiste. Il n'y a pas en France de nullité de droit [4]. C'est tant pis pour la partie qui a négligé d'user des moyens mis à sa disposition par la loi pour faire redresser les erreurs de la justice.

265. Outre la nullité des jugements qui prononcent indûment la contrainte par corps, l'art. 2063 fait réserve d'une action en dépens et dommages et intérêts; ce qui, par la combinaison de l'article 2063 avec l'article 505 du Code de procédure civile, conduit à la prise à partie; car tout juge peut être pris à partie dans le cas où la loi le déclare responsable à peine de dommages et intérêts [5]. La loi du 15 germinal an VI avait dit dans un seul article [6] ce que l'article 2063 du Code civil et l'article 505 du Code de procédure civile ne disent que par leur rapprochement : « Tout jugement rendu » en contravention aux articles précédents emportera nullité et donnera lieu à prise à partie, dépens, dommages et intérêts contre les » juges qui le prononceraient. »

266. Après avoir parlé des jugements qui prononcent indûment la contrainte par corps, occupons-nous des conventions qui y soumettent une personne hors des cas prévus par la loi [7].

Tout pacte qui porte atteinte à la liberté est contraire à la loi naturelle et à l'ordre public. La liberté n'est pas dans le commerce [8]; il n'appartient pas à l'homme d'en faire le sacrifice; elle est inaliénable. Ces pactes sont donc nuls; nous venons d'en voir la preuve au n° 263 ci-dessus.

Autrefois, cependant, on pensait le contraire, et beaucoup de graves jurisconsultes antérieurs à l'ordonnance de 1667 soutenaient que les contraintes par corps conventionnelles n'avaient rien d'antipathique à l'essence des contrats [9]. Il était même d'usage, avant cette ordonnance, que chacun pouvait s'obliger par corps pour toutes dettes purement civiles, conformément à l'ordonnance du roi Philippe le Bel de 1304 [10].

L'ordonnance de 1667 abolit cette coutume contraire à la liberté et source des plus graves abus [11]. C'est dans ses dispositions que notre article a été puisé et presque copié; comme elle, il défend à tous officiers publics de recevoir des contrats et des actes dans lesquels la contrainte par corps serait illégalement stipulée. Ces officiers s'exposeraient, suivant l'exigence des cas, à des dommages et intérêts. Il n'y a que deux circonstances où la contrainte par corps puisse trouver place dans une convention; nous en avons parlé ci-dessus [12]. Ce sont deux exceptions qui ne tirent pas à conséquence.

267. Et comme la loi qui protége la liberté du citoyen est un statut personnel, elle l'accompagne partout où il va, même dans les pays étrangers, dont la loi nationale n'est pas toujours aussi scrupuleuse que la nôtre. D'où il suit qu'un contrat passé hors de France, et dans lequel un Français aliénerait ou générait sa liberté, ne serait pas moins nul que s'il avait été passé en France. Ce n'est pas le cas de la règle : *Locus regit actum* [13]. Supposons, par exemple, qu'un Français, se trouvant dans le royaume des Deux-Siciles, où la loi permet la stipulation de contrainte par corps [14], s'oblige par corps hors des cas prévus par la loi française; son obligation sera nulle; elle ne pourra être prise en considération par les tribunaux français.

268. La partie qui aurait stipulé la contrainte par corps en sa faveur serait également passible de dommages et intérêts, suivant la gravité des circonstances. C'est aux tribunaux qu'il appartient de l'apprécier.

269. Non-seulement la convention ne saurait soumettre à la contrainte par corps une personne que la loi n'y assujettit pas, mais encore elle ne peut aggraver les conditions léga-

---

[1] Devill., 36, 2, 483.
[2] Devill., 37, 2, 398.
[3] Dall., 32, 2, 6. — Devill., 31, 2, 326.
[4] Merlin, *loc. cit.* Coin-Delisle, *loc. cit.* Dalloz, t. 6, p. 461. Et recueil périod., 26, 2, 74, note. Rouen, 26 février 1839 (Devill., 39, 2, 335).
[5] Carré, n° 1807. Coin-Delisle, p. 53, n° 10.
[6] Art. 6, tit. 1.
[7] *Infrà* n° 322.
[8] *Suprà*, n° 3. Les textes sont cités.
[9] Peckius, ch. 5, n° 10.
[10] Brodeau sur le tit. 8 de la cout. de Paris, *Préface*, n° 2. Voy. aussi notre *Préface*.
[11] Tit. 34, art 6.
[12] N°s 203 et 262.
[13] Gary (Fenet, t. 15, p. 180).
[14] Code des Deux-Siciles, art. 1932.

les de la contrainte par corps, et, par exemple, la rendre impérative quand elle est simplement remise à l'arbitrage du juge. En cette matière, ce qui est facultatif de par la loi ne saurait devenir impératif par la convention [1].

270. Au surplus, la nullité prononcée par l'art. 2063 ne fait tomber que la clause illégale de contrainte par corps; elle n'affecte pas les autres dispositions contenues dans le contrat. A côté de la règle d'après laquelle tout acte fait au mépris d'une loi prohibitive est nul [2], il est une maxime certaine : c'est que l'effet de la nullité doit être restreint à l'objet dans l'intérêt duquel la prohibition a été établie. C'est une remarque judicieuse de Merlin; et, quoique le savant procureur général l'ait faite dans un cas différent du nôtre [3], elle n'en a pas moins ici tout le mérite de l'à-propos.

Article 2064.

Dans les cas mêmes ci-dessus énoncés, la contrainte par corps ne peut être prononcée contre les mineurs.

SOMMAIRE.

271. Des personnes privilégiées et affranchies de la contrainte par corps.
272. L'art. 2061 s'occupe des mineurs. Il les exempte de la contrainte par corps. Raisons de ce privilége.
273. En cela, l'art. 2064 montre que la contrainte par corps n'est pas une peine.
Quid de la contrainte par corps dans les matières pénales?
274. Le stellionataire lui-même, lorsqu'il est mineur, n'est pas atteint par la contrainte par corps. Raison de ce point de droit.
275. Le mineur *doli capax* ne peut pas non plus être contraint par corps à payer des dommages et intérêts.
276. On ne peut, lorsqu'il est devenu majeur, le faire condamner par corps pour un fait commis en minorité.
277. Du mineur émancipé. Il est également exempt de la contrainte par corps.
278. Mais le mineur commerçant peut y être soumis.
Peut-il y être soumis quand, constituant une hypothèque pour les faits de son commerce, il commet un stellionat?

COMMENTAIRE.

271. Nous venons de voir, par les articles précédents, dans quels cas la contrainte par corps peut être prononcée. Mais, même alors que la loi en autorise l'emploi, elle n'atteint pas indifféremment toutes les personnes. Les articles 2063 et 2064 signalent les personnes privilégiées qui en sont affranchies.

272. Les premières sont les mineurs.

On est parti de cette idée que la loi restitue toujours le mineur quand il est lésé, et que, de toutes les lésions, la plus grande comme la plus évidente c'est la perte de la liberté [4]. L'humanité, d'ailleurs, veut qu'on ait des égards pour la faiblesse physique et morale de la minorité :

« *Parcendum teneris*. . . . . [5]. »

L'âge du développement ne doit pas se passer dans l'air de la prison et dans la contrainte corporelle.

273. Il n'en est donc pas de la contrainte par corps comme des peines criminelles, correctionnelles ou de simple police. Le mineur coupable d'un délit ne peut échapper à la peine; l'ordre public le veut ainsi, et le mineur subit la punition publique et toutes les conséquences qui accompagnent la peine dans les tribunaux criminels. Par exemple, en vertu de l'art. 52 du Code pénal, il est, comme les majeurs, contraignable par corps pour les amendes, dépens, dommages et intérêts auxquels son acte criminel donne lieu. Mais il ne saurait être contraint dans sa personne pour l'exécution de conventions que son âge, son inexpérience, sa faiblesse intellectuelle frappent de nullité. Le privilége de la minorité proteste contre l'acte et contre l'exécution de l'acte [6].

---

[1] Coin Delisle, p. 54, n° 9. *Contrà* : Fournel, *Traité de la contrainte par corps*, sur l'art. 2 du tit. 1.
[2] L. 5, C., *de legib.*
[3] *Quest. de droit*, v° *Ministère public*, § 5, p. 361, col. 1, *in fine*.
[4] Gary (Fenet, t. 15, p. 180, 181). *Junge* Bigot, t. 15, p. 167. *Infrà*, n° 384.
[5] Virgile, *Georg.*, lib. 2, 364.
[6] Voy. Brillon, *Contrainte par corps*, n° 18; Pothier, *Procéd. civ.*, p. 360.

274. Le stellionat, malgré l'odieux qui s'y attache, n'est pas hors de cette règle. La raison en est simple, le stellionat ne se commettant que par la mise en œuvre de contrats dont le mineur est incapable.

Toutefois, la loi du 15 germinal an VI [1] plaçait le mineur dans la catégorie de ceux que la contrainte par corps peut atteindre pour cause de stellionat. Mais on ne peut attribuer qu'à une distraction cette disposition.

275. Il est cependant des cas civils où le mineur *doli capax* peut commettre des actes préjudiciables à autrui, actes qui le soumettent à des dommages et intérêts. Nous en avons donné un exemple dans notre commentaire du *Dépôt* [2] et dans notre commentaire du *Mandat* [3]. Les juges pourront-ils alors user, à l'égard du mineur, de l'art. 126 du Code de procédure civile? pourront-ils le soumettre à la contrainte par corps? ou bien l'art. 2064 est-il tellement général qu'il domine même ce cas?

Avant tout, qu'il soit bien entendu que nous ne parlons que d'une action dirigée contre le mineur devant les tribunaux civils, et qu'il ne s'agit nullement ici d'une action pénale ou d'une poursuite intentée devant les tribunaux criminels; car alors c'est l'art. 52 du Code pénal qui forme le droit, ainsi que nous le disions au n° 273; et c'est le cas de dire avec le poëte :

. . . . . . « *Dura*
« *Exerce imperia* [4]. »

Nous supposons donc que les parties sont devant les tribunaux civils, et nous recherchons si l'art. 126 du Code de procédure civile embrasse les mineurs.

Pour la contrainte par corps, on peut dire que ***malitia supplet ætatem***; que la règle du droit est : ***In delictis minoribus non subvenitur***; qu'il n'y a pas dès lors de différence entre le mineur et le majeur.

Nonobstant ces raisons, la négative est incontestable. En effet, dans la pensée de l'art. 125 du Code de procédure civile, le juge ne doit user du pouvoir qui lui est conféré que dans des cas très-graves. Or, ce degré de gravité ne saurait jamais se rencontrer quand l'auteur du dommage n'a pas l'âge de majorité. Il y a toujours une circonstance atténuante dans la minorité.

276. Ceci répond à l'opinion de ceux qui ont pensé que, si le fait commis en minorité était poursuivi en majorité, les tribunaux pourraient prononcer la contrainte par corps contre le condamné. C'est, à mon sens, une grave erreur, et, quoiqu'elle soit professée par Jousse [5] et répétée par Duranton [6], il faut la repousser. La majorité actuelle du délinquant ne fait pas que l'acte n'ait été commis à une époque où l'état moral de son auteur le rendait excusable, du moins en ce qui concerne la contrainte par corps.

Mais, dit-on, la contrainte par corps n'est pas une peine; elle n'est qu'un moyen d'exécution. Il ne faut donc pas la juger avec les idées du discernement qu'on apporte dans l'application des peines. Cette objection est vicieuse; car précisément ce moyen de contrainte a été réservé par l'art. 126 pour les cas graves, et il est du devoir du juge de mesurer le degré de gravité des circonstances avant d'en faire un rigoureux usage [7].

277. Le mineur émancipé n'est pas plus soumis que les autres à la contrainte par corps; l'article 2064 est général. Lors même que l'émancipé se serait soumis volontairement à la contrainte par corps dans un cas où cette convention est permise aux majeurs, par exemple dans le cas d'un bail à ferme, il pourrait se faire restituer contre cette convention. L'âge de la minorité ne doit pas s'écouler dans les prisons; il y aurait inhumanité à l'y condamner pour des manquements purement civils [8]. D'ailleurs l'émancipation ne fait pas du mineur un majeur; il n'a de capacité que pour les actes d'administration; il n'en a pas pour engager ses biens; il n'en a pas, à plus forte raison, pour engager sa personne.

L'ancienne jurisprudence offre à cet égard une analogie. Quoique le mineur pourvu d'un bénéfice fût réputé majeur pour ce qui concernait cette sorte de pécule castrense ou quasi-castrense; quoiqu'il fût de règle que le bénéficier a une majorité canonique; quoique enfin la minorité ne fût pas considérée en matière bénéficiale, on jugeait néanmoins qu'à la différence du majeur, il n'était pas contraignable pour les dépens auxquels il avait été condamné par suite d'un procès intenté à tort par lui [9]. La raison de cette décision se tire de ce que la majorité du bénéficier n'était qu'une majorité présumée et que la fiction doit s'arrêter aux limites de la loi. Or, la loi ne le répute majeur que pour son bénéfice; pour le surplus, il est mineur de fait et de droit. Il suit de là qu'on ne pourrait pas le poursuivre sur ses autres biens, et qu'en ce qui concerne son patrimoine personnel, il retrouve tous ses priviléges. Combien à plus forte raison doit-on affranchir sa

[1] Tit. 1, art. 5.
[2] N° 58.
[3] N° 334.
[4] Virgile, *loc. cit.*
[5] Sur l'ordonn. de 1667, tit. 34, art. 9, note 6.
[6] T. 18, n° 475.

[7] *Junge* Coin-Delisle, p. 37, n° 5.
[8] Coin-Delisle, p. 37, n° 6. Duranton, t. 18, n° 475.
[9] Arrêt du 21 mars 1676. Palais, t. 1, p. 749. Il faut lire la discussion. Brillon, v° *Contrainte par corps*, n° 18. Pothier, *Procéd. civ.*, p. 361.

personne, qui est plus privilégiée que ses biens propres!

278. Le mineur commerçant est réputé majeur pour le fait de marchandise. Il peut donc être contraint par corps [1]. C'est ainsi que dans l'ancien droit le bénéficier mineur pouvait être contraint par corps pour les fruits de son bénéfice, parce que là se trouvait cette majorité fictive qui lui enlevait le privilége de la minorité [2].

Et comme, pour faciliter les opérations de son commerce, la loi lui accorde l'autorisation d'hypothéquer ses immeubles, je pense que si, dans une négociation commerciale, il commettait un stellionat, il serait contraignable par corps. L'art. 2064 cesse pour ce cas, ainsi que le veut l'art. 2070 du même Code.

Vainement objecte-t-on que la constitution d'hypothèque est un contrat civil, et que le stellionat qui s'y rattache n'est pas, à proprement parler, un délit commercial [3]. Je pense au contraire qu'ici la constitution d'hypothèque se lie à des contrats commerciaux d'une manière si intime qu'elle en prend le caractère; et c'est pour cela que l'art. 6 autorise le mineur marchand à l'hypothéquer. Alors l'hypothèque a lieu pour le fait du commerce, et l'utilité publique et le crédit font un devoir de traiter avec rigueur le mineur commerçant qui a abusé. Il est réputé majeur pour tous les actes qui se rattachent à l'exercice d'une profession dont la bonne foi est la première loi; il doit subir toutes les conditions de cette majorité fictive : *propter necessarium usum et utilitatem publicam*, pour me servir des termes de la loi romaine [4].

Article 2065.

Elle ne peut être prononcée pour une somme moindre de trois cents francs.

SOMMAIRE.

279. Défaut de liaison entre l'art. 2065 et les articles qui suivent et précèdent. Cela vient de ce qu'il est le fruit d'un amendement.

280. La contrainte par corps a toujours été refusée pour les dettes minimes.
Raisons de ce point de droit.

281. L'art. 2065 qualifie de minimes les sommes inférieures à 300 fr.

282. Rapprochement de l'art. 2065 avec l'art. 126, C. pr., relatif aux dommages et intérêts. Défaut d'harmonie entre ces deux articles en ce qui concerne la fixation de la somme qui sert de *minimum* pour la contrainte par corps.

283. Des aliments dont peut se composer cette somme inférieure à 300 fr.
Erreur reprochée à un arrêt de la cour royale d'Amiens qui cumule divers titres n'ayant entre eux aucune liaison.

284. Autres arrêts examinés. Il n'est pas permis d'additionner des sommes qui ne se lient pas à la même dette.

285. On ne peut les joindre que lorsqu'elles se rattachent à une cause identique.

286. De la stipulation de contrainte par corps dans un bail de 50 fr. par an; on peut s'en prévaloir lorsque les fermages arriérés s'élèvent à 300 fr.

287. On peut cumuler le principal avec les accessoires. Différence à cet égard entre les matières civiles et les matières commerciales.

288. De la contrainte par corps attachée à une obligation de faire; dans ce cas, il s'agit d'un fait d'obéissance à la justice, et l'on ne s'enquiert pas du *minimum* de 300 fr.

289. L'art. 2065 est applicable aux cautions judiciaires. Il est aussi applicable dans la matière des deniers publics.

290. Mais il n'est pas applicable aux matières de commerce. Renvoi.
Ni à la contrainte par corps contre les étrangers. Renvoi.
Ni aux matières pénales.

COMMENTAIRE.

279. Le législateur interrompt ici la nomenclature des personnes privilégiées en matière de contrainte par corps, et, séparant les mineurs des septuagénaires et autres indiqués dans l'art. 2066, il place entre deux un article qui n'écarte la contrainte par corps qu'à raison de l'exiguïté de la somme. Il y a là un défaut de liaison et de suite; mais on cessera de s'en

---

[1] Arrêt du 5 décembre 1606, rapporté par Bouchel, vº *Prise de corps*; et par Brillon, *loc. cit.* Brodeau sur Louet, lettre F, som. XI, nº 4. Pothier, *loc. cit.* *Junge* l. du 15 germinal an VI, tit. 1, art. 5. *Infrà*, nºs 377 et 385.

[2] Brodeau sur Louet, *loc. cit.* Et le *Journal du Palais*, *loc. cit.*

[3] Coin-Delisle, p. 37, nº 6.

[4] L. 17, § *si impubès*, D., *de instit. act.*

étonner quand on saura que l'art. 2065 n'existait pas dans la rédaction primitive et qu'il n'a été introduit que par amendement [1].

280. De tout temps la contrainte par corps a été refusée pour les dettes minimes. « *Indecorum quoque esse videtur*, dit Peckius, *quod quis pro minimo debito arrestari possit* [2]. » Quand la dette est petite, la fortune du créancier n'éprouve pas un préjudice assez grand pour que le plus grave des moyens d'exécution soit ordonné. Il y aurait exagération de garantie, abus dans la protection prêtée au créancier; le sacrifice ne serait pas proportionné au manquement [3]. On présume d'ailleurs de plein droit que le débiteur qui ne peut s'acquitter d'une dette légère est dans l'indigence, et que la contrainte par corps ne serait dès lors qu'une cruauté inutile. « Ne serait-ce pas un » scandale public, disait M. Berlier [4], que de » voir traîner un homme en prison pour une » dette civile de 50 ou de 100 fr.? » Enfin, à ce motif d'humanité vient se réunir l'intérêt bien entendu du créancier lui-même. La contrainte par corps est une voie dispendieuse pour lui, et c'est lui rendre service que d'enlever à sa mauvaise humeur un moyen de contrainte dont les frais surpasseraient le capital et les accessoires [5].

281. Mais qu'entend-on par une dette minime? Quel est le chiffre auquel il faut monter pour qu'une dette cesse d'être minime? La loi a cru nécessaire de s'expliquer à cet égard, sans quoi les tribunaux auraient manqué de règle, et l'on aurait vu naître une foule de procès sur le montant de la dette.

L'article 2065 a donc voulu que la contrainte par corps ne fût pas prononcée pour une somme au-dessous de 300 fr.

282. Mais si elle est de 300 fr. ou au-dessus, elle ne passe plus pour minime, et la contrainte par corps peut avoir lieu.

On remarquera ici une différence entre notre article et l'article 126 du Code de procédure civile relatif à la contrainte facultative pour dommages et intérêts. Pour que le juge puisse prononcer la contrainte par corps dans ce dernier cas, il faut que les dommages et intérêts s'élèvent à plus de 300 fr. Au contraire, l'article 2065 admet la contrainte par corps, dans les hypothèses réglées par le Code civil, lorsque la somme est juste de 300 fr. Chacun de ces articles doit conserver son autorité dans les cas qu'il en a vue et auxquels il s'applique [6].

283. Des difficultés se sont élevées sur la composition de cette somme de 300 fr. qui est le taux de la contrainte par corps [7]. Peut-on cumuler des créances diverses de cause et d'origine, réunies dans la même main, et prononcer la contrainte par corps si l'addition s'élève à 300 fr.? Ou bien faut-il que les divers engagements, les divers titres additionnés, se rattachent à la même cause et forment une même dette?

Ce dernier point de vue est le seul vrai [8].

Toutefois, la cour d'Amiens a décidé, par arrêt du 16 décembre 1835 [9], que la loi ne distingue pas si la créance procède d'un seul ou de plusieurs titres liés à des causes diverses. Dans l'espèce, Roussel avait souscrit un billet de *** au profit de son beau-père, puis un second billet au profit de Lambert. Ce dernier, devenu propriétaire du premier billet par l'effet d'un endossement, demanda contre Roussel et obtint la contrainte par corps, et cela bien que les deux billets fussent chacun au-dessous du taux de la contrainte par corps, qu'on ne put arriver à ce taux qu'en les additionnant, et qu'ils fussent souscrits au profit de personnes différentes. Roussel disait : « Si j'étais resté en présence de mes deux créanciers originaires, je n'aurais pas eu à redouter la contrainte par corps. Faut-il donc que j'y sois sujet parce que la réunion des deux créances s'est opérée dans la même main? Cet événement postérieur doit-il changer ma position? »

On lui répondait : « La loi n'exige pas qu'on recherche l'origine de la dette. Devez-vous, oui ou non, au demandeur plus que le *minimum* déterminé par la loi? »

C'est ce système que la cour royale a adopté. Il aurait dû échouer.

284. On a cité comme conformes à cet arrêt d'Amiens deux autres arrêts de cour royale. Mais tel n'est pas leur véritable sens. J'ai peine à croire que l'erreur de la cour d'Amiens ait pu se reproduire trois fois.

Le premier est un arrêt de la cour royale de Bordeaux du 3 août 1836 [10]. Il est à remarquer que les deux billets avaient été souscrits le même jour en faveur de la même personne, et que la cour juge en fait qu'ils ne constituent qu'une seule et même dette; que ce ne sont pas deux dettes distinctes.

Le second est un arrêt de la cour royale de Grenoble du 26 juillet 1838 [11]. Il s'agissait de deux billets, chacun inférieur au taux de la loi; ils avaient été souscrits le même jour par les mêmes individus au profit du même créancier;

[1] Fenet, t. 15, p. 144.
[2] *De jure sistendi*, ch. 5, n° 14. Il cite Boerius et Tiraqueau. *Infrà*, n° 489. Voy. aussi Caccialupus, *De debitore suspecto*, § 3, n° 2.
[3] Bigot de Préameneu (Fenet, t. 15, p. 167). *Infrà*, nos 365 et 416.
[4] Disc. au conseil d'État (Fenet, t. 15, p. 145).
[5] Jacquinot-Pampelune (Proposition de 1828).
[6] Coin-Delisle, p. 36, n° 7.
[7] *Infrà*, n° 364, une différence entre les matières commerciales et les matières civiles dont s'occupe notre article.
[8] Coin-Delisle, p. 37, n° 8.
[9] Devill., 37, 2, 69.
[10] *Id.*
[11] Dev., 39, 2, 142.

et la cour de Grenoble juge en fait, comme la cour royale de Bordeaux, qu'ils ne forment qu'une même dette.

L'arrêt d'Amiens reste donc isolé; les deux arrêts de Bordeaux et de Grenoble, loin de le soutenir, tendent au contraire à l'ébranler.

Enfin, il est ouvertement combattu par un arrêt de la cour royale de Caen du 16 août 1843 [1], rendu dans une espèce où un achat avait fait parvenir dans les mêmes mains deux billets souscrits originairement au profit de deux personnes distinctes pour des causes différentes. La cour de Caen décide avec raison que la contrainte par corps, qui n'existait pas à l'origine des billets, n'avait pu naître par la réunion fortuite ou concertée des billets dans la même main; qu'un fait étranger au débiteur ne pouvait changer ainsi et aggraver son sort.

C'est cet arrêt qui doit faire autorité; l'autre, celui d'Amiens, n'est pas soutenable. Toutes les fois que les sommes ne se lient pas à une même dette, il n'est pas permis de les additionner.

285. Mais aussi, toutes les fois qu'elles se rattachent à une cause identique, la jonction est de droit. La jurisprudence de la cour de cassation [2] vient prêter son imposant appui aux deux arrêts de Bordeaux et de Grenoble.

286. Par là se résout la question de savoir si, par exemple, la stipulation de contrainte par corps apposée dans un bail de 50 francs par an peut produire son effet lorsque les fermages arriérés s'élèvent à 300 francs et au-dessus. La discussion du conseil d'État tranche cette question pour l'affirmative. Treilhard s'en est expliqué *in terminis*, en réponse à une question de Cambacérès [3]; et, d'ailleurs, quand cette autorité manquerait, celle du bon sens serait suffisante [4].

287. Il est, du reste, inutile de dire que pour compléter les 300 francs il n'est pas défendu de cumuler le principal avec les intérêts et accessoires dus. La loi n'a pas exigé que les 300 francs fussent en totalité un principal [5].

288. Les raisons qui empêchent d'attacher la contrainte par corps à une créance moindre de 300 francs n'existent plus lorsque la justice a condamné une personne à un fait pour l'exécution duquel la loi donne la contrainte par corps. Par exemple, quand même le fonds dont le délaissement est ordonné en matière de réintégrande ne vaudrait pas 300 francs, la contrainte par corps n'en aurait pas moins lieu. Ici on ne peut pas dire que le débiteur est présumé, à cause de son indigence, ne pouvoir satisfaire à l'obligation. Il s'agit d'un pur fait d'obéissance à la justice qu'on est toujours à même de remplir. On ne peut pas parler non plus de l'exiguïté de l'intérêt du créancier; c'est plutôt de l'intérêt de la justice, de l'intérêt de l'ordre public, du respect dû aux jugements qu'il s'agit ici.

289. L'article 2065 domine toute la matière de la contrainte par corps, prise au point de vue du droit civil.

De là sort la solution de la question de savoir si, lorsqu'il s'agit d'un cautionnement judiciaire pour une somme moindre de 300 fr., il faut que la caution soit susceptible de contrainte par corps.

La négative est certaine. Je le répète : l'article 2065 est général [6]; il règle tous les cas de contrainte par corps civile, et les raisons que nous donnions au n° 280 ont ici toute leur force.

Et comme la matière de la contrainte par corps pour deniers publics a été assimilée aux matières civiles, on y suit la disposition de l'article 2065 [7].

290. Mais l'article 2065 ne saurait être pris pour guide dans les matières commerciales, qui ont leur droit à part [8].

Il y a aussi une règle toute spéciale pour ce qui concerne la contrainte par corps contre les étrangers [9].

Enfin la disposition de l'article 2065 n'est pas non plus applicable aux matières pénales [10].

M. Portalis, rapporteur du projet discuté en 1831 à la chambre des pairs, avait cependant pensé qu'il n'y avait pas de raison pour établir un droit spécial à l'égard des dédommagements provenant de crimes et délits. « Les dettes qui » résultent des réparations accordées par les » cours d'assises, les tribunaux correctionnels » ou de simple police, sont des dettes purement » civiles. Or, les dettes civiles n'entraînent pas » la contrainte par corps si elles sont moindres » de 300 fr. On empire donc le sort des con- » damnés, au lieu de l'améliorer, lorsqu'on les » soumet à l'emprisonnement, quelque courte » qu'en soit la durée, pour le payement de ces » dettes. Il n'y a pas lieu de les soustraire à la » protection du droit commun. La vindicte » publique une fois satisfaite, il n'y a plus rien » de pénal dans les dispositions des jugements » que rendent les tribunaux de répression, » quels qu'ils soient [11]. »

Cette idée ne fut pas goûtée à la chambre des députés. On regarda « que les dommages

[1] Devil., 44, 2. 182.
[2] 30 juillet 1833, ch. civ., rejet. Dall., 33, 1, 300. S., 33, 1. 861. *Infrà*, n° 426.
[3] Fenet, t. 15, p. 145.
[4] *Junge* Coin-Delisle, p. 38, n° 8.
[5] *Infrà*, n° 364. *Contrà*, loi du 17 avril 1832, art. 3, pour les matières commerciales. *Infrà* n° 424.
[6] Duranton, t. 18, n° 380. Coin-Delisle, p. 18, n° 19.
[7] *Infrà*, n° 478.
[8] *Infrà*, n° 416.
[9] *Infrà*, n° 489.
[10] Voy. *Infrà*, nos 617 et 620.
[11] *Moniteur* du 30 décembre 1831.

» et intérêts ne sont plus une dette purement » civile, du moment qu'ils dérivent d'un crime » ou d'un délit [1]. » Cette proposition a paru insoutenable aux auteurs de la Théorie du Code pénal [2]; ils ont pensé que l'article 1382 du Code civil, combiné avec les articles 1, 2 et 3 du Code d'instruction criminelle, proteste contre cette assertion.

Et cependant, la loi du 17 avril 1832 a considéré l'article 2065 du Code civil comme ne devant pas faire règle pour les condamnations pénales [3]. Nous verrons plus tard son système [4]. Pour le moment, nous dirons que l'idée qui a prédominé à la chambre des députés, et qui a fini par l'emporter dans la rédaction de la loi, ne nous paraît pas aussi étrange qu'aux auteurs précités; nous croyons même qu'il y a quelque chose de trop absolu dans la théorie de M. Portalis. Si vous voulez, en effet, vous placer en plein droit civil, vous ne devez pas vous borner à régler à 300 fr. le minimum des condamnations accordées pour réparation et entraînant la contrainte par corps. Vous devez dire que, puisque la vindicte publique est satisfaite et qu'il n'y a plus rien de pénal dans la disposition du jugement, les condamnations à des réparations n'entraîneront jamais de plein droit la contrainte par corps, et qu'on fera jouir les condamnés du bénéfice de l'article 126 du Code de procédure civile, qui en cette matière forme le droit commun. Pourquoi cependant n'allez-vous pas jusque-là? C'est que vous sentez que lorsque l'action est portée devant un tribunal criminel et qu'elle met en mouvement la vindicte publique, il est impossible de détacher le fait du côté pénal qui prédomine dans cette même action. On n'avait donc pas tort, à la chambre des députés, de dire que la dette n'est pas *purement* civile; car la peine est à côté; elle marche collatéralement et dans la même procédure. Or, si la dette n'est pas purement civile, on conçoit que l'article 2065 n'ait pas été considéré comme devant servir ici de règle décisive.

Article 2066.

Elle ne peut être prononcée contre les septuagénaires, les femmes et les filles, que dans les cas de stellionat.

Il suffit que la soixante et dixième année soit commencée pour jouir de la faveur accordée aux septuagénaires.

La contrainte par corps pour cause de stellionat pendant le mariage n'a lieu contre les femmes mariées que lorsqu'elles sont séparées de biens, ou lorsqu'elles ont des biens dont elles se sont réservé la libre administration, et à raison des engagements qui concernent ces biens.

Les femmes qui, étant en communauté, se seraient obligées conjointement ou solidairement avec leur mari, ne pourront être réputées stellionataires à raison de ces contrats.

SOMMAIRE.

291. Continuation de la série des personnes privilégiées en matière de contrainte par corps.
Des septuagénaires. Il suffit que la 70e année soit commencée.
292. Le septuagénaire cesse d'être privilégié dans le cas de stellionat.
293. Le privilége des septuagénaires est fondé sur l'âge; c'est pourquoi on ne peut exécuter contre un septuagénaire un engagement contracté avant 70 ans.
294. Les septuagénaires sont également affranchis de la contrainte par corps pour dommages et intérêts.
295. *Quid* des septuagénaires commerçants?
Quid des condamnations prononcées en matière criminelle? Renvoi.
296. Des femmes et filles.
Droit romain.
297. Ancien droit français.
Raison du privilége des femmes et des filles.
298. L'ordonnance de Moulins leva, à tort, le privilége des femmes. Sous son empire, il n'y avait que les femmes mariées qui, à cause de l'autorité du mari, fussent exemptes de la contrainte par corps.
299. Sage réforme opérée par l'ordonnance de 1667.

---

[1] *Moniteur* du 20 février 1832 (*Suppl.*).
[2] Helie et Chauveau, t. 1, nos 330 et suiv.
[3] Art. 33 et suiv., et art. 40.
[4] Voy. nos 617, 620, 644, 645, 672 et suiv.

300. Le Code civil a affranchi les femmes et les filles; il forme le droit commun.
Il gouverne les dispositions du C. de proc. relatives à la contrainte par corps. Exemple tiré du cas de folle enchère.
301. Exemple.
302. Exemple.
303. Suite.
304. Des dommages et intérêts.
Renvoi pour les matières pénales.
305. La femme ne saurait être contrainte pour réintégrande.
306. Mais elle peut l'être pour le cas de stellionat.
307. Conditions pour que la femme soit réputée stellionataire.
308. De la femme mariée en communauté qui s'oblige conjointement et solidairement avec son mari.
309. Suite.
310. De la femme séparée, ou ayant des paraphernaux dont elle s'est réservé la jouissance.
311. De la femme mariée sous le régime dotal.
312. De la femme commerçante.
Elle est soumise à la contrainte par corps.
313. Dans l'ancien droit français, on allait même jusqu'à atteindre par la contrainte par corps le mari de la femme marchande. De là le proverbe judiciaire : « Le tablier de la femme oblige le mari. »
314. Le Code civil repousse cette jurisprudence. Le mari ne peut être atteint qu'autant qu'il a participé à l'acte commercial de sa femme.
315. Résumé de la position des femmes en matière de contrainte par corps.
316. Des exemptions fondées sur la parenté.
Renvoi.

COMMENTAIRE.

291. Nous allons reprendre avec l'art. 2066 du Code civil la série des personnes privilégiées, interrompue par l'art. 2065.

Les septuagénaires ne peuvent être atteints par la contrainte par corps. Les rigueurs de la loi s'arrêtent devant les infirmités de la vieillesse, devant la pitié due à un âge avancé. La vieillesse est accompagnée d'assez de chargos et de douleurs; il eût été trop cruel d'y joindre la dureté de la contrainte corporelle [1].

Selon la loi 3 au D., *de immunit.* [2], il ne suffit pas d'être entré dans sa soixante et dixième année pour jouir du bénéfice de cet âge; il faut que la soixante et dixième année soit accomplie. C'est sur ce texte que se fondait la jurisprudence du parlement de Paris pour décider, sous l'empire de l'ordonnance de 1667 [3], que, pour être réputé septuagénaire et exempt de la contrainte par corps, il fallait avoir accompli sa soixante et dixième année [4]. Toutefois, cette jurisprudence n'était pas uniforme; les parlements de Bourgogne, de Grenoble et de Bordeaux accordaient le bénéfice de l'exemption à celui qui était entré dans sa soixante et dixième année.

Notre article fait cesser cette controverse; plus prévoyant en cela que la loi de germinal an VI, qui a laissé la question indécise, il adopte le parti le plus favorable et décide qu'il suffit que la soixante et dixième année soit commencée pour jouir de la faveur accordée aux septuagénaires.

292. Mais le privilège de l'âge avancé reçoit une exception dans le cas de stellionat. Le septuagénaire qui se rend coupable de ce délit civil, si contraire à la bonne foi, si insidieux pour le crédit, est sujet à la contrainte par corps. L'art. 2066 s'est conformé à l'ancienne jurisprudence, qui avait fait cesser, dans ce cas odieux, la faveur de l'âge [5]. La contrainte par corps se présente alors avec des caractères qui la rapprochent de la peine. Elle revêt en quelque sorte les couleurs d'une peine infligée par le droit civil à un délit menaçant pour la bonne foi [6].

293. Mais revenons aux cas étrangers au stellionat.

Quand la même dette aurait été contractée avant les soixante et dix ans, elle ne pourrait donner lieu à contrainte par corps contre le septuagénaire. Ce qu'il faut considérer, c'est l'état actuel de la personne contre laquelle on exécute, et non pas l'époque à laquelle l'engagement a eu lieu [7].

294. L'art. 126 du Code de procédure civile, relatif aux dommages et intérêts, n'est pas applicable aux septuagénaires. Le seul cas de dette civile qui autorise la contrainte par corps contre les septuagénaires, c'est le stellionat.

295. Nous verrons ailleurs ce qui a trait à la contrainte par corps contre les septuagénaires, pour dette de commerce [8] et pour condamnations criminelles [9].

296. Après les septuagénaires, viennent les femmes et les filles; après le privilège de l'âge, le privilège du sexe [10].

---

[1] *Infra*, n° 332, pour ce qui concerne les étrangers.

[2] *Junge* l. 2, D., *de excusat. tutor.*

[3] Tit. 34, art. 9

[4] Ferrières sur l'art. 160 de la cout. de Paris, n° 44. Pothier, *Procédure civile*, p. 359, cite les arrêts. Merlin, *Répert.*, v° *Contrainte par corps*, n° 18.

[5] Ferrières, *loc. cit.*, n° 45.

[6] *Infra*, n° 409.

[7] Pothier, *loc. cit.*

[8] Merlin, *Répert.*, v° *Contrainte par corps*, p. 72, n° 20. Carré (édit. Chauveau), n° 2734. *Infrà*, n°s 409 et 427, 684.

[9] N°s 626 et 658.

[10] Peckius, ch. 5, n° 10. Caeciotnpus, *De debitore suspecto*, à la suite de Straccha, p. 715, n° 22.

Par la disposition du droit de Justinien, les femmes, ou mariées, ou veuves, ou filles, ne pouvaient être emprisonnées pour dettes civiles [1]. Ce privilége était fondé sur des raisons de décence publique : « *Ut non per hujusmodi occasiones*, dit l'empereur, *inveniantur circa castitatem injuriatæ*. » Justinien donne à entendre qu'avant lui il en était autrement. Qui ne sait en effet la tragique histoire d'Appius Claudius et de Virginie, la saisie de cette jeune fille au moment où elle se rendait au Forum [2], et la possession provisoire que l'odieux Appius en accorda au demandeur complice de son crime [3]?

Toutefois, la législation de Constantin [4] prouve qu'au moins en ce qui concerne les tributs publics, le premier empereur chrétien avait cru sage et humain de mettre des bornes aux mesures d'exécution pratiquées contre les femmes; car il défend aux appariteurs d'entrer dans leur domicile et de les traîner en public.

297. Ce sentiment de pudeur chrétienne, qui veut qu'on épargne la femme par la crainte des indiscrétions du créancier ou des exécuteurs de la contrainte, se retrouve dans les anciens monuments de notre droit français. Un arrêt de 1397, rapporté par J. Galli, décide *quod corpora mulierum non possint detineri pro debito civili* [5]. L'auteur du Grand coutumier de Charles VI dit encore : « *Par usage de cour laie, femme, soit mariée ou autre, ne doit tenir prison pour quelconque cas civil quel qu'il soit* [6]. » Bouteiller en donne une raison qui peut s'ajouter à celle de Justinien : « *Car frele chose est de femme, et, pour ce, ne veut la loi qu'elle soit tourmentée de prison pour dette publique* [7]. » Mais, quoique n'étant pas sans valeur, cette explication n'est pas fondamentale; elle n'est pas non plus historique; la cause première, c'est la nécessité de soustraire la femme aux exigences brutales de son créancier ou des geôliers par les mains desquels la contrainte par corps la ferait passer [8].

298. C'est ce qu'oublia un instant l'ordonnance de Moulins. Elle n'excepta pas les femmes et les filles de la contrainte par corps [9], et la jurisprudence, qui jusque dans les ténèbres du moyen âge avait éprouvé le sentiment chrétien de leur affranchissement, fut forcée, au seizième siècle, de se montrer moins civilisée. Les femmes et les filles furent assujetties par les arrêts à la contrainte par corps [10]. On n'excepta que les femmes mariées, « à cause » de l'autorité que le mari a sur le corps de sa » femme et qui lui permettait toujours de la » vendiquer [11]. » Je me sers du langage contemporain.

299. Mais l'ordonnance de 1667 [12], fidèle à son système de faire cesser l'abus des contraintes par corps, rétablit le droit de Justinien et le vieux droit français [13]. Les femmes et les filles furent exemptes de la contrainte par corps, même pour les dépens occasionnés par leurs mauvais procès [14].

300. C'est également ce droit que le Code civil a sanctionné dans l'intérêt des mœurs et aussi par égard pour la faiblesse du sexe [15]. Ce principe est général dans les matières civiles, sauf une exception dont nous parlerons plus tard. Il domine les lois postérieures qui, en prononçant la contrainte par corps, n'ont pas nommément excepté les femmes. Il y a dans notre article une exception de droit, une exception virtuelle.

Ainsi, quelque généraux que soient les articles du Code de procédure civile qui soumettent le fol enchérisseur à la contrainte par corps [16], ils n'atteignent pas les femmes [17]. Ils ne disposent que quant à la matière, et nullement quant aux personnes. Je suis étonné de trouver dans un arrêt de la cour de Riom, du 30 janvier 1846, une solution contraire à cette proposition [18]. Cet arrêt n'a pas convenablement entendu la combinaison de l'article 740 du Code de procédure civile avec l'article 2066 du Code civil, expression d'un principe supérieur, tenant au statut personnel, et gouvernant toute la matière de la contrainte par corps.

301. Ainsi encore, une femme qui a été constituée gardienne dans le cas de saisie-gagerie [19] n'est pas contraignable par corps [20].

302. De même, une femme n'est pas contrai-

---

[1] Novelle 134, c. 9. Authent. *Hodie novo jure*, C., *de custodia reor.*; Cujas, exposition de cette novelle.

[2] Virgini, venienti in Forum, minister decemviri libidinis, manum ingerit (Tite-Live, III, 44).

[3] Tite-Live, III, 45.

[4] L. 1, et authent. *Hodie*, C., *de offic. divers. judic.*; et Cujas sur ce titre du Code, l. 2. C. *Théod.*, même titre.

[5] Guy Pape, quæst. 256 Boerius, *decis.* 349, nº 11.

[6] Liv. 2, ch. 17.

[7] *Somme rurale*, liv. 2. tit. 6, art. 9.

[8] *Infra*, nº 315.

[9] Art. 48.

[10] Louet, lettre F, som. XI. Brodeau sur Louet, *loc. cit.*, nº 6. Ferrières sur Paris, art. 160, nº 35.

[11] Louet et Brodeau, *loc. cit.*

[12] Tit. 34, art. 8.

[13] Ferrières, *loc. cit.*

[14] Arrêt du conseil rapporté par Ferrières, *loc. cit.*

[15] Bigot de Préameneu (Fenet, t. 15, p. 167). Gary (Fenet, t. 15, p. 181). *Infra*, nº 533, ce qui concerne les étrangères.

[16] *Supra*, nº 252, art. 712 et 744.

[17] Lyon, 22 juin 1822 (Dall., t. 3, p. 735). Carré, quest. 2432. Pigeau, t. 2, p. 397.

[18] Dall., 46, 2, 139. Voy. *infrà*, nº 303.

[19] Art. 598, C. proc.

[20] Paris, 21 prairial an XIII (Dall., 3, 729), et 14 août 1829 (Dall., 29, 2, 283). *Pasicrisie*, à ces dates.

gnable pour reliquat de compte de tutelle [1];

303. Ni pour les cas de dommages et intérêts, nonobstant le pouvoir discrétionnaire concédé au juge de la manière la plus large par l'article 126 du Code de procédure civile. Si cependant on prenait pour autorité l'arrêt de la cour de Riom que nous citions au nº 300, il faudrait dire que l'article 126 ne distingue pas et que l'article 2066 ne s'étend pas jusqu'à lui. Mais un tel système a été formellement proscrit par la cour de cassation [2]; et il n'est pas en effet soutenable.

304. Toutefois, sous l'empire de l'ordonnance de 1667, on avait pensé que les dommages et intérêts octroyés à cause de la malice de la femme pouvaient recevoir la sanction de la contrainte par corps. On voyait alors dans son fait un de ces mélanges de crimes dont parlait le chancelier d'Aguesseau [3], et qui, rendant la matière mixte, la faisait ranger en dehors de celles dont l'ordonnance s'était spécialement occupée. On cite, par exemple, un arrêt du parlement de Paris du 3 juin 1671 [4], qui condamne par corps à des dommages et intérêts Jeanne Fracquet, femme de François de Senlis, hôtelier demeurant à Villy, laquelle avait, d'un coup de quenouille, crevé l'œil à un certain Tisserand. En se reportant aux idées que nous avons rappelées ci-dessus, nº 256, on comprendra les raisons de cette jurisprudence.

Mais notre article la proscrit formellement aujourd'hui. Nul tribunal civil ne peut prononcer la contrainte par corps contre la femme. Quelque grave que soit le fait imputé à la femme, il suffit qu'il soit poursuivi par la voie civile pour que les règles du droit pénal ne puissent empiéter sur l'article 2066. Si le plaignant veut obtenir la contrainte par corps, il n'a qu'à porter son action devant les tribunaux criminels où règnent d'autres principes [5].

305. A plus forte raison la contrainte par corps ne devrait-elle pas être prononcée contre la femme pour des causes prévues par le Code civil. Ce Code, en effet, est un tout complet. L'article 2066 applique sa limite à l'ensemble des cas qu'il a envisagés dans ses divers articles. Ainsi, par exemple, il y aurait violation de la loi si un tribunal prononçait la contrainte par corps contre une femme pour raison de réintégrande [6].

306. Une seule exception existe à la prohibition de prononcer contre la femme la contrainte par corps. C'est lorsqu'elle se rend coupable de stellionat [7]. Cette faute est si énorme, elle porte une si grande atteinte au crédit, qu'il a fallu passer par-dessus les considérations auxquelles le sexe doit son affranchissement [8]. On a pensé d'ailleurs que la menace de la contrainte par corps retiendrait la femme sur la pente du mal, et que les dangers attachés à la contrainte par corps trouveraient leur remède dans la sévérité préventive qui en rendrait l'emploi fort rare.

307. Au surplus, il y a des distinctions commandées par l'article 2066 afin que la femme dont le nom est compromis dans un stellionat ne soit atteinte qu'à bon escient.

De deux choses l'une :

Ou la femme est commune en biens avec son mari, et elle s'oblige conjointement et solidairement avec ce dernier;

Ou elle est séparée de biens et jouit d'une administration qu'elle s'est réservée.

Dans le premier cas, la femme échappe à la contrainte par corps; ce n'est que dans le second qu'elle en est frappée [9].

Expliquons par quelques brèves observations cette double solution, écrite dans l'article 2066 et tirée de l'ancienne jurisprudence [10].

308. Nous avons dit ci-dessus [11] que le stellionat suppose une intention dolosive qui a présidé à l'acte dommageable. — Mais peut-on attribuer cette coupable intention à l'épouse mariée en communauté qui s'oblige conjointement et solidairement avec son mari? Non! l'épouse obéit à son mari; le stellionat est présumé avec raison être le fait personnel du mari et non le sien [12]. D'une part, le mari est seigneur et maître de la communauté; de l'autre, il exerce sur son épouse une influence qui ne permet pas que celle-ci soit considérée comme sa complice. Ce serait donc bien vainement qu'on invoquerait ici les règles de droit d'après lesquelles la femme ne doit être secourue que lorsqu'elle est trompée, et non pas lorsqu'elle trompe. *Deceptis et non decipientibus jura opitulantur* [13]. La femme n'est pas présumée en état de fraude; on ne peut lui rien imputer. Elle obéit à une impulsion à laquelle elle n'a pas été maîtresse de résister; d'ailleurs, elle ne connaît pas les affaires de son mari [14].

309. Toutefois, un arrêt du 31 janvier 1668, rendu contre les conclusions de Talon, avo-

[1] Bastia, 31 août 1826 (Dall., 27, 2, 170). *Pasic.*
[2] Cass., 6 octobre 1813 (Dall., 3, 731), *ib.* et 17 janvier 1832 (Dall., 33, 1, 79), *ib.*
[3] Voy. *supra*, nº 256, et Coquille, quest. 165.
[4] Ferrières sur Paris, art. 160, nº 43.
[5] Art. 52, C. pén. *Infrà*, nºs 625 et 638.
[6] Cass., 20 mai 1818 (Dall., 6, 367). *Pasicrisie*, à cette date.
[7] *Infrà*, nº 533.
[8] Bigot de Préameneu (Fenet, t. 15, p. 167).
[9] Bigot (Fenet, t. 15, p. 167, 168, 169). Gary (Fenet, t. 15, p. 182).
[10] Édit du mois de juillet 1680, interprétatif de l'ordonn. de 1667. On le trouve dans le commentaire de Ferrières sur la coutume de Paris, art. 160, nº 38.
[11] Nº 63.
[12] Merlin, *Répert.*, vº *Stellionat*, nº 4.
[13] L. 2, § 1, D., *ad S. Vell.* L. 110, § 4, D., *de reg. juris.*
[14] Riom, 30 déc. 1825 (Dall., 25, 284 et suiv.).

cat général, a jugé qu'une femme, obligée avec son mari qui avait déclaré francs et quittes des biens obligés, serait contrainte par corps comme stellionataire. Mais bientôt un édit du roi du mois de juillet 1680 réforma cette mauvaise jurisprudence; et, interprétant dans son véritable esprit l'ordonnance de 1667, il jeta les fondements de celle dont notre article est la reproduction [1].

310. Il n'en est plus de même lorsque la femme est séparée de biens, ou qu'elle s'est réservé des paraphernaux dont elle a la libre administration. — Dans ce cas, les engagements qu'elle contracte à raison des biens ainsi réservés tombent sous la peine du stellionat, alors qu'ils présentent les caractères définis par l'art. 2059. La femme agit comme maîtresse de sa chose; le stellionat est son œuvre personnelle; *il procède de son fait*, comme disait l'ordonnance de 1667.

311. Que dirons-nous de la femme mariée sous le régime dotal? Un arrêt de la cour royale de Limoges a décidé qu'il n'y a pas de différence, sous ce rapport, entre l'épouse dotée et l'épouse commune, car l'épouse dotée n'agit qu'avec l'assistance et l'autorisation de son mari [2]. Elle est censée suivre l'impulsion de son mari, obéir à ses conseils, subordonner sa volonté à celle de l'homme en qui elle a placé toute sa confiance. Le troisième paragraphe de l'article 2066 conduit forcément à cette conséquence en disant que, pendant le mariage, la contrainte par corps pour stellionat n'a lieu contre les femmes mariées que lorsqu'elles sont séparées de biens, ou lorsqu'elles ont des biens dont elles se sont réservé la libre disposition. L'article 2066 exclut le cas où la femme est mariée sous un régime qui n'est pas celui de la séparation; il exclut donc le cas de régime dotal. Je crois même pouvoir dire que cette exclusion est textuelle; car, de ce que, d'après les termes de l'art. 2066, le stellionat n'atteint la femme qu'autant qu'elle s'est réservé des biens paraphernaux, il s'ensuit que le législateur ne s'est armé de sévérité que pour cette modification du régime dotal, et qu'il n'a pas voulu l'étendre au régime dotal lui-même.

312. Les matières commerciales sont aussi favorables que le stellionat est odieux. Le crédit, qui est l'âme du négoce, exigeait donc que la femme qui s'ingère dans le commerce ne trouvât pas dans son sexe une immunité trop souvent fatale à la bonne foi. Aussi la femme marchande publique a-t-elle toujours été contraignable par corps [3] : « *Negotiatrix enim mulier*, dit Chopin, *vinculis cogitur æs alienum exsolvere, licet in sacris potestateque mariti constituta sit* [4]. » L'auteur du Grand coutumier de Charles VI constate cette jurisprudence; il réserve le droit commercial et les priviléges des foires de Champagne : priviléges supérieurs aux priviléges de sexe [5].

313. Les art. 234, 235 et 236 de la coutume de Paris autorisent même implicitement une idée remarquable de notre vieux droit français : c'est que le mari est contraignable par corps par le fait du commerce de sa femme marchande publique; ce qui avait été introduit à l'exemple des actions *quod jussu, exercitoria et institoria*. En un mot, c'était un vieux proverbe judiciaire : *Le tablier de la femme oblige le mari* [6]; car la femme trafique avec le consentement du mari; elle apporte ses gains à la communauté, dont le mari est seigneur et maître. Le mari était donc contraignable de la même manière que la femme, c'est-à-dire par corps. C'est ce qu'on inférait de ces mots de la coutume : *Elle s'oblige* ET SON MARI, *touchant le fait et dépendance de ladite marchandise publique* [7].

314. En est-il de même aujourd'hui, où nous sommes plus difficiles à étendre la contrainte par corps? Nous ne le pensons pas [8]; à moins que le mari ne soit lui-même commerçant avec la femme, qu'il ne soit son associé, et qu'ainsi son crédit commercial ait été offert aux tiers, conjointement avec celui de sa femme, comme garantie de l'obligation de celle-ci. C'est alors seulement que la contrainte par corps devrait être admise. Mais, dans tous les autres cas, le mari non commerçant devrait en être affranchi. Au surplus, cette solution se fortifie d'un argument tiré de l'art. 21 de la loi du 17 avril 1832; on verra que cet article est loin de favoriser la contrainte par corps simultanée contre le mari et la femme [9].

315. Résumons maintenant le droit protecteur des femmes en matière de contrainte par corps. En principe, elles sont affranchies de ce dur moyen de coaction; elles n'y sont sujettes que pour stellionat, pour fait de commerce et pour condamnation prononcée par les tribu-

---

[1] *Journal des audiences*, t. 3, liv. 6, ch. 6, et t. 4, l. 3, ch. 29.

[2] 31 mars 1838 (Devill., 39, 2, 23). *Junge* Duranton, t. 18, nº 477. Coin-Delisle sur l'art. 2066, nº 4.

[3] Brodeau sur Louet, lettre F, som. XI, nºˢ 1 et 2.

[4] *Sur Paris*, lib. 2, tit. 1, nº 9.

[5] *Infrà*, nº 382.

[6] Dumoulin, Apostilles sur l'ancienne coutume de Paris, art. 114. Boerius, *decis.* 296. Brodeau sur Louet, *loc. cit.* Voy. l'art. 2 du tit. 29 de la cout. de Niverosis, et Coquille sur ce texte.

[7] Brodeau, *loc. cit.* Observations de Lecamus sur l'art. 236, nº 4, dans le comm. de Ferrières. Pothier, *Puissance du mari*, nº 22. Renusson, *Communauté*, part. 1, ch. 7, nº 44, etc.

[8] Toullier, t. 2, nº 659. Duranton, t. 2, p. 103. Dalloz, t. 6, p. 399. Coin-Delisle, p. 104, nº 3. Lyon, 26 juin 1822 (Dall., t. 6, p. 399). Paris, 7 août 1832 (S., 33, 2, 32).

[9] *Infra*, nºˢ 347, 348, 349.

naux criminels. Ces exceptions confirment la règle et ne l'infirment pas. Le stellionat et les infractions criminelles sont des faits dont il est facile à la femme de s'abstenir. C'est à elle à se protéger par sa bonne conduite; elle n'a pas besoin d'une protection exceptionnelle et spéciale; elle n'en est pas digne si elle se manque à elle-même. Quant à la femme commerçante, il était juste que la loi ne tînt pas compte de la faiblesse de son sexe, car sa profession de commerçante la fait réputer aussi capable que l'homme : *redacta est ad instar masculi*, comme disent les docteurs [1]. Enfin c'eût été se jeter dans l'exagération que de craindre pour elle ces pactes contraires à la pudeur dont la loi se montre préoccupée dans d'autres circonstances [2]. La femme commerçante a l'habitude des affaires; elle qui sait si bien défendre ses intérêts, elle peut défendre sa personne, et l'inexpérience qui se présume si facilement dans le sexe est moins à redouter en ce qui le concerne.

316. Indépendamment des exceptions à la contrainte par corps qui reposent sur l'âge et le sexe, il y a des priviléges découlant de la parenté et de certains rapports de famille. Le Code civil n'en parle pas; nous nous en occuperons dans le commentaire de la loi de 1832 [3].

Article 2067.

La contrainte par corps, dans le cas même où elle est autorisée par la loi, ne peut être appliquée qu'en vertu d'un jugement.

SOMMAIRE.

317. La contrainte par corps, bien qu'autorisée par la loi ou par la convention, ne peut être exercée sans jugement.
318. Avant le Code civil il n'en était pas ainsi dans tous les cas.
La législation de beaucoup de pays étrangers est moins protectrice que la nôtre.
319. De ce qu'on doit entendre par un jugement.
320. Un jugement de juge de paix peut autoriser la contrainte par corps dans les cas où il est compétent pour le principal.
321. Il en est de même des jugements des tribunaux de commerce.
322. *Quid* des jugements arbitraux?
323. Et des arbitres amiables compositeurs?
324. Les juges ne peuvent prononcer la contrainte par corps que lorsqu'elle leur est demandée.
325. A quelle époque doit être demandée la contrainte par corps? Peut-elle être demandée par action séparée?
326. Peut-elle être demandée pour la première fois en appel?
327. Quand la contrainte par corps est facultative, les juges ont le droit de la tempérer par des sursis, ou en accordant des délais.
328. *Quid* lorsqu'elle est impérative?
329. *Quid* en matière de lettre de change?
330. De certains cas d'exception où la contrainte par corps a lieu sans jugement.
331. 1er *cas*. Des cautions judiciaires.
332. 2e *cas*. Des débiteurs de deniers publics.
333. 3e *cas*. Des étrangers.
334. 4e *cas*. Des témoins non comparants.
335. Autres cas dans lesquels on a cru à tort qu'un jugement n'était pas nécessaire.
336. Suite.
337. Suite.

COMMENTAIRE.

317. Pour donner de plus amples garanties à la liberté, le législateur a voulu, par notre article, que la contrainte par corps ne pût être appliquée que par un jugement [4], et cela alors même qu'elle est autorisée par la loi. Il faut que la disposition de la loi ou de la convention se traduise en un ordre exprès du juge compétent; il faut un jugement en forme, portant dans un de ses chefs, principal ou accessoire, que la contrainte par corps aura lieu [5]. La personne du débiteur n'est pas comme sa chose; il ne suffit pas d'un titre exécutoire pour la saisir et s'en emparer.

318. Avant le Code civil il n'en était pas ainsi dans tous les cas. Par exemple, le fermier qui s'était soumis à la contrainte par corps par acte

---

[1] Caccialupus, *De debitore suspecto*, p. 714, n° 26.
[2] Les auteurs ont toujours eu en vue ce cas et celui qu'ils appellent *libidinis commentariensis* (le geôlier) (Peckius, c. 23, n° 4). *Suprà*, n° 297.
[3] *Infra*, n° 355.
[4] Bigot, *Exposé des motifs* (Fenet, t. 15).
[5] Voy. exception, *infrà*, n° 492, à l'égard des étrangers.

authentique, pouvait être emprisonné en vertu de la grosse du bail [1]. Mais cette pratique était la source de graves abus; elle procédait dès le début par voie exécutive contre la personne, alors que peut-être le débiteur pouvait avoir à opposer des exceptions péremptoires sur les causes de la dette [2].

En Angleterre, c'est bien pis encore aujourd'hui. Tout débiteur, même regnicole, peut être incarcéré provisoirement par jugement, et conduit dans ces chartes privées qu'on appelle *spunginghouse*, ou maison d'éponge, à cause des rançons auxquelles il est exposé.

En Allemagne [3] et en Suède [4], on incarcère provisoirement tout débiteur suspect de vouloir s'évader.

Tout cela est repoussé par la législation française. Il n'y a d'arrestation provisoire et avant jugement que pour les étrangers non domiciliés [5]. Nul sujet français ne peut être arrêté qu'après condamnation juridiquement prononcée.

319. Le jugement dont parle notre article doit être un jugement en forme, rendu par le nombre de juges compétents. Une ordonnance de référé du président du tribunal, n'ayant pas le caractère de jugement, ne serait pas un titre valable pour exercer la contrainte par corps [6].

320. Le juge de paix, lorsqu'il est compétent sur la matière, est par cela même compétent pour prononcer la contrainte par corps, qui n'est jamais qu'un accessoire du principal dont il est saisi. Le juge de paix, par exemple, aura donc juridiction pour autoriser la contrainte par corps dans le cas de réintégrande.

321. Les tribunaux de commerce, quoique tribunaux d'exception, sont compétents pour prononcer la contrainte par corps. En cela, ils ne font que statuer sur un accessoire dépendant intimement de la matière dont ils ont le droit de connaître.

322. Les arbitres forcés sont dans une situation analogue. Ils sont les juges nécessaires de la contestation [7]; ils ont mission pour prononcer sur toute la cause, sur l'accessoire comme sur le principal [8].

En est-il de même des arbitres volontaires? On a conçu quelques doutes à leur égard [9]. Leur qualité de juges du choix des parties a fait craindre à des esprits timorés qu'on ne fît tomber en compromis une chose aussi indispensable que la liberté. Mais la jurisprudence, se mettant au dessus de ces craintes exagérées, a décidé que les sentences arbitrales sont dans la classe des jugements dont parle notre article, et dont la contrainte par corps peut émaner [10]. Telle était aussi l'ancienne doctrine, attestée par Jousse [11]. En effet, les arbitres volontaires rendent de véritables jugements. Le mot de jugement est écrit à chaque article du Code de procédure civile dans le titre *Des arbitres* [12]. Saisis de la connaissance du principal, pourquoi ne statueraient-ils pas sur l'accessoire? Dira-t-on que c'est compromettre sur la liberté? Nullement. Les arbitres ne font que se rendre les organes de la loi qui d'avance a prononcé la contrainte par corps, ou de la convention qui, dans l'origine et dans les cas autorisés, a stipulé la contrainte. Cette contrainte par corps, ils la prononcent comme une dépendance de la matière principale, comme une suite nécessaire du fonds. Rien dans tout cela ne ressemble à ces conventions dont nous parlions au n° 366, et qui portent atteinte à la liberté. La partie ne se soumet pas illégalement à la contrainte par corps; elle y est virtuellement et régulièrement soumise, indépendamment du fait des arbitres. Le jugement arbitral ne fait que promulguer l'existence des circonstances dans lesquelles la contrainte par corps intervient à titre d'accessoire et de moyen de coaction [13].

323. Les arbitres pourraient prononcer la contrainte par corps lors même qu'ils seraient amiables compositeurs [14]. De quoi la partie se plaindrait-elle? Elle y gagnerait une chance favorable, savoir : que ces arbitres pourraient refuser la contrainte par corps alors qu'elle serait édictée par la loi [15].

324. C'est une règle générale que le juge ne peut prononcer la contrainte par corps que lorsqu'elle lui est demandée [16]. Dans les matières qui tiennent à l'utilité privée, le juge ne doit prêter son office que lorsqu'il en est requis; et c'est ici le cas de dire avec Ulpien : *Hoc autem judicium certam conditionem habet : si*

[1] Jousse et Rodier sur l'ordonn. de 1667, tit. 34, art. 7.

[2] Berlier (Fenet, t. 15).

[3] Code autrichien, art. 275.

[4] Titre *de l'exécution des jugements*, c. 8, art. 12.

[5] Voy. *infra* ce que nous en disons, sur la loi de 1832.

[6] Montpellier, 19 juin 1807.

[7] Art. 51, C. de commerce.

[8] Cass., 5 novembre 1811 (Dall., 1. 706). *Pasicrisie*, à cette date. Toulouse, 17 mai 1825 (Dall., 26, 2, 215). *Pasicrisie*, à cette date. Pardessus, n° 1406. Carré, n°s 3327 et 3334.

[9] Pardessus, n° 1404.

[10] Cass., 1er juillet 1823. *Pasicrisie*, à cette date. Palais, t. 3 de 1823, p. 417. Pau, 4 juillet 1821 (Dall., t. 2, p. 264). *Pasicrisie*, à cette date. Palais, 1821, t. 3, p. 306.

[11] *Des présidiaux*, p. 503.

[12] Art. 1016 et suiv., C. proc.

[13] *Junge* Merlin, v° *Arbitrage*, n° 9. Souquet, *Dict. des temps lég.*, v° *Arbitrage*, n° 50. Coin-Delisle, p. 42, n° 7.

[14] Coin Delisle, *loc. cit.*

[15] Art. 1019, C. proc. Cass., 5 nov. 1811. (Dall., t. 2, p. 359, et *Pasicrisie*, à cette date. Rennes, 21 août et 28 octobre 1816. *Pasicrisie*, à cette date. Paris, 20 mars 1812 (Dall., 2, 359).

[16] Peckius, *De jure sistendi*, c. 11, n° 3.

postulatum est. Cæterum, qui non postularit, experiri non potest. Postulare autem proprie hoc dicimus, pro tribunali petere, non alibi [1]. Peu importe que la loi, par une disposition permissive, autorise la contrainte par corps dans la cause dont le juge est saisi. Il faut que le créancier veuille profiter de cette permission introduite en sa faveur. Il est censé y renoncer s'il ne s'en prévaut pas formellement, et le juge prononce *ultra petita* quand il se montre plus diligent ou plus sévère que lui. En matière civile, il n'y a pas de contrainte par corps d'office [2].

325. La contrainte par corps doit être demandée dans le courant du procès même qui met le principal en question. Le créancier qui aurait laissé clore le débat sans requérir la contrainte par corps serait censé y avoir renoncé; il ne pourrait pas faire un nouveau procès pour demander, par action principale, la contrainte par corps [3]. D'une part, le jugement a dessaisi le tribunal; de l'autre, il ne peut y avoir lieu à demande nouvelle, puisque la contrainte par corps n'est que l'accessoire d'un droit principal sur lequel il a été définitivement statué [4].

326. Mais la partie qui a omis de demander en première instance la contrainte par corps pourra-t-elle la demander en appel? Je ne le pense pas [5]; c'est une demande nouvelle (art. 464, Code de procédure civile) [6]; vérité qui devient plus évidente depuis que l'art. 20 de la loi de 1832 a fait de la contrainte par corps un chef susceptible de deux degrés de juridiction. En un mot, le silence du demandeur en première instance est une vraie renonciation à la contrainte par corps. Il ne faut pas s'en étonner: dans une matière aussi rigoureuse, il est permis de supposer facilement l'abandon d'un droit odieux.

327. Sous l'empire de l'ordonnance de 1667, les juges avaient le droit de ne pas prononcer la contrainte par corps [7], et l'on a fait au Code civil le reproche de ne leur avoir pas laissé cette faculté dans tous les cas [8]. Quel que soit le mérite de cette critique, la loi existe; l'interprète est obligé de la prendre telle qu'elle est.

Or, on le sait, il y a des circonstances où la contrainte par corps est impérative; il y en a d'autres où elle est facultative.

Lorsqu'elle est facultative, il est certain que les juges qui ont le droit de la refuser d'une manière absolue ont, par cela même, le droit de la tempérer en accordant au débiteur des sursis, et en ne permettant au créancier de la mettre à exécution qu'après certains délais [9].

328. Lorsqu'elle est impérative, le juge a le même droit. L'art. 127 combiné avec l'art. 126 conduit à cette solution. Il embrasse les cas où la contrainte par corps est ordonnée par la loi comme ceux où elle est laissée à la prudence du juge. L'opinion contraire de Carré [10] n'a aucun fondement [11].

329. Nous n'exceptons que le cas où des dispositions spéciales ont dérogé à l'art. 127, par exemple le cas de lettre de change [12].

330. Nous venons de voir qu'en principe général la contrainte par corps ne peut être appliquée qu'en vertu d'un jugement.

Il y a cependant à cette règle quelques exceptions. Il faut les noter, parce qu'elles sont le sujet de quelques difficultés quand il s'agit de régler la durée de la contrainte par corps [13].

331. La première a lieu pour les cautions judiciaires. L'article 519 du Code de procédure civile déclare que la contrainte par corps est exécutoire contre elles sans jugement [14].

332. Les débiteurs de deniers publics peuvent aussi être incarcérés en vertu de contraintes et décisions administratives. L'article 2070 du Code civil établit formellement que l'article 2067 n'est pas applicable à cette classe de débiteurs [15]. L'article 46 de la loi du 17 avril 1832 confirme cette vérité.

333. Les étrangers peuvent être arrêtés provisoirement en vertu d'une simple ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal civil [16].

334. Lorsqu'un témoin ne comparaît pas après reassignation, il est contraignable par corps à l'amende de 100 fr. sur l'ordonnance du juge-commissaire [17].

335. Hors ces cas, la contrainte par corps ne peut être prononcée que par jugement.

---

[1] L. 4, § 8, D., *de damno infecto*.

[2] Voy. cependant *infrà*, n° 492, ce qui concerne les etrangers.

[3] Paris, 28 germinal an XIII. *Pasicrisie*, à cette date. Trèves, 24 mars 1809; *ib. Contrà*, Turin, 22 pluviôse an XIII; *ib.*

[4] Pardessus, n° 1512. Carré, *Compét.*, t. 2, p. 685. Pigeau, t. 2, p. 393.

[5] Coin-Delisle, p. 42, n° 8.

[6] Le demandeur peut, devant le tribunal de l'instance, conclure à la contrainte par corps, bien que cette demande n'ait pas été soumise à l'épreuve de la conciliation. Br., 27 déc. 1827. *J. de B.*, 1828, 2, 277, et voy. 1818, 2, 233. *J. du* XIXe *s.*, 1829, 3, 184; *Pasicrisie*, à cette date.

En matière de commerce la loi du 15 germinal an VI ne laisse pas aux juges la faculté d'en faire ou d'en écarter l'application. Br., 26 mars 1837. *J. de B.*, 1838, 2, 519.

[7] Fœlix, p. 4.

[8] Bayle-Mouillard, p. 43 et 111.

[9] Demiau-Crouzilhac sur l'art. 127, C. proc. Coin-Delisle, p. 42, n° 9.

[10] Sur l'art. 127, t. 1, p. 638, note.

[11] *Junge* Coin-Delisle, p. 43, n° 9.

[12] Art. 157, C. de commerce.

[13] *Infrà*, n° 443.

[14] Duranton, t. 18, n° 482, note. Coin-Delisle, p. 94, n° 6. Carré sur l'art. 519.

[15] Muraire. *Infrà*, n° 712.

[16] Loi du 17 avril 1832, art. 15.

[17] Art. 264, C. proc.

On a pensé que dans le cas où l'avoué n'a pas rétabli dans le délai de trois jours, ou dans le délai fixé par le récépissé, les pièces qui lui ont été données en communication, le président du tribunal peut seul prononcer la contrainte par corps (art. 191 du Cod. de proc. civ.). C'est une erreur [1]. Rien dans l'article 171 ne la rend spécieuse.

336. On a pensé aussi que dans la procédure de vérification d'écriture le juge-commissaire a droit de prononcer la contrainte par corps contre les dépositaires publics auxquels il ordonne d'apporter les pièces; cette opinion n'est pas autorisée par l'article 201 du Code de procédure civile. Cet article n'a pour but que de faire savoir que les dépositaires seront contraints par corps; il ne dit pas par quelle autorité [2].

337. L'article 221 du Code de procédure civile, qui appartient au titre du faux incident, a donné lieu à la même erreur. Mais le juge-commissaire qui annonce aux dépositaires de pièces qu'ils seront contraints par corps s'ils ne font pas l'apport, ne prononce pas par cela même la contrainte par corps; il leur fait savoir qu'ils y seront contraints, et c'est le tribunal qui reste chargé de réaliser la menace [3].

Article 2068.

L'appel ne suspend pas la contrainte par corps prononcée par un jugement provisoirement exécutoire en donnant caution.

SOMMAIRE.

338. L'art. 2068 donne une garantie contre l'abus des jugements exécutoires par provision. Règles qu'il pose.
339. Règles particulières aux matières de commerce.
340. L'appel d'un jugement en dernier ressort qui prononce la contrainte par corps, et que la loi de 1832 permet d'interjeter en ce qui concerne l'exécution corporelle, ne suspend pas l'exercice de la contrainte.

COMMENTAIRE.

338. L'article 2068 ne présente aucune difficulté. Il donne une garantie contre l'abus des jugements exécutoires par provision.

Lorsque le jugement est exécutoire par provision en donnant caution, l'appel qui en est interjeté n'empêche pas le créancier de poursuivre la contrainte par corps que ce jugement lui accorde. Celui qui est emprisonné provisoirement a dans la caution une garantie qui lui répond des dommages et intérêts auxquels il aura droit dans le cas où son appel ferait décider qu'il n'y avait pas lieu à contrainte par corps contre lui.

Mais si le jugement est exécutoire sans caution, l'appel suspend la contrainte par corps. Le jugement s'exécute sur les biens; mais il s'arrête devant la personne.

339. Dans les matières de commerce, on suit d'autres règles [4]. Que le jugement soit exécutoire ou sans caution, l'appel ne suspend pas la contrainte par corps [5].

340. D'après l'article 20 de la loi du 17 avril 1832, si le jugement qui prononce la contrainte par corps en matière civile est en dernier ressort, l'appel, que la loi nouvelle permet d'interjeter en ce qui concerne la contrainte par corps [6], n'est pas suspensif de l'exécution corporelle [7].

Article 2069.

L'exercice de la contrainte par corps n'empêche ni ne suspend les poursuites et les exécutions sur les biens [8].

[1] Coin-Delisle, p. 40, n° 3, d'après Pigeau. *Contrà*, Carré.
[2] Coin-Delisle, p. 41, n° 4, d'après Pigeau. Carré, sur l'art. 201. Dall., v° *Vérific. d'écrit.*, t. 28, p. 225.
[3] Coin-Delisle, p. 41, n° 5, d'après Carré, et Demiau-Crouzilhac.
[4] Art. 2070.
[5] Art. 439, C. proc. Art. 647, C. de commerce. Coin-Delisle, p. 43.
[6] *Infrà*, n° 544.
[7] *Infrà*, n° 545.
[8] Dans les matières pénales, il y a l'art. 37 de la

SOMMAIRE.

341. De la question de savoir si l'exécution sur la personne doit être précédée de la discussion des biens.
342. Suite.
343. Suite.
344. Suite.
345. Suite.
Du proverbe judiciaire : *On peut prendre la charrette, le charretier et le fouet.*
Réponse à divers reproches contre la loi actuelle.
346. La saisie corporelle n'empêche pas la saisie des biens.

COMMENTAIRE.

341. Avant de s'attaquer à la personne du débiteur, ne faudrait-il pas discuter ses biens? Ne serait-il pas plus humain de respecter sa liberté et de donner à sa chose la préférence des poursuites?

L'affirmative, enseignée par le droit canonique [1] et par quelques coutumes [2], et défendue par Bartole [3], a au premier aspect une couleur d'équité séduisante, qui a déterminé le législateur sarde à l'adopter. D'après les lois de Victor-Amédée, promulguées de nouveau en 1770 par Charles-Emmanuel, l'exécution doit commencer par les meubles; à défaut de meubles, elle passe aux immeubles; ce n'est que lorsque l'insuffisance des biens meubles et immeubles est constatée que le créancier peut faire incarcérer le débiteur [4]; il en est de même en Prusse [5], en Suède [6], dans le canton de Vaud [7].

342. Ces idées sont repoussées par notre article, et en général par l'ensemble de notre législation ancienne et moderne [8]. Notre article pèche-t-il par excès de dureté? La procédure sarde est-elle préférable?

Je ne le pense pas.

Le droit du créancier, en effet, n'est pas conditionnel en soi, il est pur et simple; il est actuel; il faut qu'il puisse s'exercer de la manière la mieux appropriée à ses intérêts [9]. Or, puisque la saisie de la personne est considérée comme la mesure de coaction la plus efficace, pourquoi forcer le créancier à se jeter dans d'autres procédures d'un résultat moins énergique et moins sûr, dans d'autres poursuites plus embarrassées de longueurs et de frais? La saisie du mobilier ne se fait pas sans perte de temps et sans dépens. La saisie des immeubles est encore plus lente, plus dispendieuse. Puisque la loi a jugé que la circonstance était assez grave pour autoriser la contrainte par corps, il faut qu'elle soit conséquente avec elle-même en lui laissant tout ce qu'il y a en elle de puissance comminatoire et coactive. La subordonner à la discussion des biens, ce serait l'entraver, l'énerver, la détruire. Quand le créancier a discuté péniblement le patrimoine du débiteur, et qu'il n'a pu se faire payer, la contrainte par corps manque presque toujours d'utilité; elle devient une torture gratuite. Pour qu'on puisse la comprendre, il faut supposer que le débiteur est de mauvaise foi, et que par un concert frauduleux il cache ou retient ses ressources. Mais toutes les fois que la discussion terminée place le créancier en face d'un débiteur honnête et véritablement indigent, la contrainte par corps manque d'humanité; elle passe à l'état de peine. Ce n'est donc pas à un système qui, dans les cas les plus nombreux, affecte de considérer la contrainte par corps comme une rigueur inutile, qu'il appartient de reprocher à l'art. 2069 le défaut d'équité. L'article 2069, malgré son apparente sévérité, est beaucoup plus humain, et, de plus, beaucoup plus logique que le système opposé. Il part de cette idée vraie, que le débiteur obligé sous la contrainte par corps doit, pour échapper à ce moyen d'exécution, faire lui-même sa liquidation, et ne pas se décharger sur le créancier du soin de rechercher ses propres ressources. Cette opération est beaucoup plus facile pour le débiteur, qui connaît tout, que pour le créancier, qui ne connaît rien. Elle est beaucoup plus économique entre ses mains qu'entre les mains du créancier, qui ne peut procéder qu'à l'aide de saisies dispendieuses. De toutes les manières de vendre, la plus mauvaise c'est la

---

loi du 17 avril 1832 qui correspond à celle-ci et consacre le même principe.

[1] La règle était celle-ci : « *Lex habet ut homo liber non teneatur nisi res defuerint quæ possint pro debito addici.* »

[2] For du Béarn, tit. *Des exécutions*, art. 2.

[3] Sur la loi 1, C., *qui bonis cedere*, nº 4 : « Ad carcerationem personæ non potest perveniri, *nisi excussis prius omnibus bonis.* »

[4] Lois et constitutions de Sardaigne, l. 3, tit. 32, art. 16. Bayle-Mouillard, p. 80.

[5] Part. 1, t. 14.

[6] *De l'exécution des jugements*, ch. 8, art. 2.

[7] Art. 1541.

[8] Voy. les art. 2206 et 2207 du C. civ. qui repoussent l'obligation de discuter le mobilier avant les immeubles. Voy. Nivernais, tit 32, art. 8; Troyes, art. 629; Bourbonnais, art. 104; Marche, art. 402.

[9] Voy. une analogie dans mon comm. du *Cantonnement*, nº 231.

vente sur expropriation. Eh bien! c'est celle-là qu'on préfère dans le système opposé à notre article. On commence par ruiner le débiteur en frais en attendant qu'on le livre, pauvre et dépouillé, à la prison.

343. Sans doute, l'article 2069 permet de débuter par la prise de corps; mais cessons de croire qu'il autorise par là une précipitation sans pitié. Est-ce que le débiteur malheureux et honnête n'est pas admis au bénéfice de cession? Est-ce qu'il ne peut pas, s'il le juge convenable, se préserver de la contrainte par corps qui le menace, en abandonnant judiciairement tous ses biens à ses créanciers [1].

344. Mais, nous le répétons, ce n'est que comme moyen de défense que le débiteur est reçu à cet abandon de son patrimoine. Le créancier n'en a pas moins le droit primitif d'agir directement et en premier ordre contre sa personne. Peut-être que, sans ce droit, le débiteur, au lieu de s'acquitter, n'aurait cherché que des moyens dilatoires et des chicanes.

345. C'est donc une règle de bon sens et de bonne justice que celle dont notre article est l'expression. Elle est antique chez nous [2]. Il y avait, dans notre ancien droit, ce proverbe judiciaire : *On peut prendre la charrette, le charretier et le fouet* [3]; ce qui signifie qu'on peut faire marcher de front l'action sur la personne et l'action sur les biens [4]. Le système contraire est un débris des rudes idées du moyen âge, d'après lesquelles la contrainte par corps est une servitude indéfinie, une punition de l'insolvabilité. Il est incompatible avec le système qui ne se sert de la contrainte corporelle que comme moyen de coaction.

De sévères critiques ont cependant été adressées à l'art. 2069. On a prétendu que la contrainte par corps, ainsi organisée, est une flagrante violation des lois, un effronté dédain de leurs lenteurs protectrices, une expropriation anticipée, une spoliation violente [5]. Le créancier ne voit dans la contrainte par corps qu'un moyen de ne pas se soumettre aux retards qui ont été commandés par la loi dans le but de ne pas dépouiller précipitamment un père de famille de son patrimoine; ce qu'il veut, c'est que son débiteur se dessaisisse avant le temps légal; que ce débiteur vende lui-même, à l'avance, son mobilier; qu'il s'exproprie avant le terme [6].

Ces reproches sont évidemment inspirés par une aversion exagérée, quoique honnête, contre la contrainte par corps; ils tombent dans la déclamation. Quel est l'état des choses? Une dette est échue; un jugement en ordonne le payement par corps. Le débiteur n'a droit à aucun délai; tous les recours sont épuisés; il doit, il faut qu'il paye actuellement [7]; sans quoi, il n'y a plus ni bonne foi en ce monde, ni ponctualité dans les affaires. Qu'arrive-t-il cependant? la philanthropie vient gémir sur ce débiteur qui manque à sa parole et viole la foi promise; elle tourne toutes ses sévérités contre le créancier qui, au nom du droit et de la loi, demande le sien. Elle l'accuse, lui qui peut-être a déjà subi toutes les lenteurs des procès, toutes les mauvaises ressources de la chicane, elle l'accuse de devancer le terme, de franchir le temps légal, de supprimer les délais. Mais quoi! le moment n'est-il pas arrivé? Le débiteur ne doit-il pas s'exécuter sans tergiversations? Tous les sacrifices ne lui sont-ils pas commandés par la justice, l'équité, la bonne foi, la raison, la religion?

Maintenant, voyez l'abus des mots.

Cette obligation naturelle du débiteur de tout sacrifier pour remplir son engagement doit avoir une sanction civile; *qui s'oblige, oblige le sien*, dit la loi écrite, avec la loi du bon sens et la loi de la morale [8]. Le débiteur, après avoir donné de bonnes paroles qui lient sa conscience, est tenu de prendre sur ses biens pour la décharger. S'il n'agit pas spontanément dans cette vue de libération, des moyens comminatoires l'avertiront; des moyens coercitifs réaliseront les avertissements et les menaces. Reste-t-il dans une répréhensible inaction? le créancier sera revêtu du pouvoir exorbitant de faire faire par la main de la justice ce que ce débiteur récalcitrant s'abstient de faire lui-même : on le saisira; on l'expropriera. Mais, dans cet interversissement des rôles, dans cette substitution d'un payement forcé à un payement qui devrait être volontaire, dans cette sorte d'occupation de la chose d'autrui par le créancier, la loi a vu des abus possibles : l'exagération du droit poussée jusqu'à la vexation, la mauvaise humeur, des mesures précipitées de nature à compromettre les garanties des tiers; elle a donc imposé au créancier des lenteurs et des formes protectrices. Mais, notez-le bien, ces lenteurs et ces formes n'ont pas été introduites pour faire jouir le débiteur de nouvelles grâces. Presque toujours elles sont autant dans l'intérêt des tiers que dans le sien; et, dans tous les cas, leur but n'est pas de l'alléger, de le favoriser, d'ajourner le payement. Si trente jours doivent s'écouler entre le commandement de payer et la saisie réelle [9], ce n'est pas que le payement soit légalement suspendu pendant ces trente jours; car le créancier, fort

[1] Art. 1268. l. 1. C., *de cessione bonor.* Bruni, *De cessione bonor.*, q. 1, nº 1.
[2] Gary (Fenet, t. 15).
[3] Papon, *Arrêts*, 18, 3, 32.
[4] Gary, *loc. cit.* Nivernais, tit. 32, art. 9. Bourbonnais, art. 104. Berry. *Des exécutions*, art. 15. Melun, art. 314. Troyes, art. 120. *Infrà*, nº 652.
[5] Bayle-Mouillard, p. 229 et 230.
[6] *Id.*
[7] Arg. de l'art. 1244. C. civ.
[8] Mon comm. des *Hypothèques*, t. 1, nºs 1, 4.
[9] Art. 673, C. proc.

de l'actualité de son droit, pourrait se faire payer par tout autre moyen, s'il y en avait quelqu'un (tels que saisie mobilière, saisie-arrêt) qui fût sous sa main. Mais la loi a voulu que le débiteur placé en présence de cette dure extrémité de la saisie qui va le dépouiller, le consommer en frais, le déshonorer, ait le temps de réfléchir à sa position, et d'en conjurer la rigueur en prenant des arrangements amiables, ou en réunissant ses dernières ressources. Elle lui dit : « Exécute-toi toi-même, si tu ne veux » être exécuté par autrui. La main du créan- » cier est rude: elle frappe fort. La tienne t'ai- » dera et ne te blessera pas. »

C'est précisément le langage qu'elle tient au débiteur lorsqu'elle l'avertit par notre article que la saisie de sa personne pourra précéder la saisie de ses biens. — Vous avez des propriétés; vendez-les pour liquider vos affaires, sinon vous serez pris au corps. Vendez-les, et n'attendez pas que le créancier se charge de ce soin. Vous payeriez chèrement sa diligence. Votre intérêt vous commande de vous exécuter.

Eh bien, ne voilà-t-il pas que la philanthropie s'imagine que ces paroles de bon conseil cachent un piége et une cruauté? Parce que le créancier aurait passé peut-être un an avant d'arriver à son payement par l'expropriation, et que la loi aime mieux que le débiteur paye tout de suite, vous l'entendez s'écrier que c'est une année que l'on ravit au débiteur! Payer ses dettes, elle appelle cela s'exproprier soi-même! Les payer au jour fixe, en prévenant par une exactitude louable les tristes lenteurs et les dispendieuses formalités de la saisie, c'est une expropriation anticipée!... Et si la loi obtient par de sages combinaisons que le débiteur s'acquitte à l'époque convenue, avant d'avoir été ruiné en frais par ces saisies dont le poids retombe toujours sur lui, on assure qu'il y a là un dédain des lenteurs protectrices de la procédure, une spoliation violente!

En effet, ce débiteur a été privé du bénéfice d'une saisie mobilière et des aménités d'une saisie réelle. Véritablement, on lui a fait tort! Qui sait? il a peut-être droit à des dommages et intérêts.

346. Nous venons de voir que le créancier a le droit d'agir sur la personne avant d'agir sur les biens.

Si le débiteur, par un entêtement fâcheux, ne se liquide pas, le créancier peut faire marcher la poursuite contre les biens de front avec la saisie de la personne. Notre article reproduit l'ancienne règle du droit coutumier : « Une » voie d'exécution ne cessant pour l'autre, ains » pourront être cumulées [1]. »

Article 2070.

Il n'est point dérogé aux lois particulières qui autorisent la contrainte par corps dans les matières de commerce, ni aux lois de police correctionnelle, ni à celles qui concernent l'administration des deniers publics.

SOMMAIRE.

347. Considérations sur le principe de la contrainte par corps.
Distinction entre l'intérêt privé et l'intérêt public.
348. Le C. civ., qui règle les intérêts privés, renvoie à d'autres lois pour ce qui concerne la contrainte par corps en matières commerciale, pénale et administrative.
349. L'exercice du commerce participe d'un office public.
La contrainte par corps y est surtout nécessaire comme moyen comminatoire. Elle est également nécessaire, attendu l'absence habituelle de garanties hypothécaires.
350. Sûretés spéciales exigées par l'administration des deniers publics.
351. Spécialités du droit pénal.
352. Ces trois points ont été réglés par la loi du 17 avril 1832.
Nécessité de donner l'explication de cette loi. Elle se lie au C. civ.
353. Elle s'y rattache aussi par ce qui a trait à la contrainte par corps contre les étrangers.

COMMENTAIRE.

347. Les sacrifices demandés à la liberté dans l'intérêt de la richesse et du crédit varient en étendue suivant certaines circonstances dont le législateur a tenu compte avec intelligence [2]. Lorsque c'est un intérêt privé, c'est-à-dire l'intérêt d'un seul, qui élève la voix pour séques-

[1] Berry, tit. 21, art. 15, 17. Nivernais, tit. 32, art. 8, etc., etc. Il y avait quelques coutumes contraires.
[2] *Suprà*, n° 6.

trer la personne du débiteur, la société prend parti pour ce dernier et renvoie le créancier à se faire payer par d'autres moyens; car la liberté d'un citoyen vaut mieux que l'intérêt pécuniaire d'un autre. Mais si le débiteur blesse par l'inaccomplissement de son obligation un intérêt public, s'il ébranle le crédit ou l'aisance d'un grand nombre, la société se prononce contre lui, parce que la liberté d'un seul pèse moins que la fortune de tous [1].

Le Code civil est l'expression du droit privé; il n'avait donc à examiner la contrainte par corps que dans les rapports d'un seul avec un seul. Aussi a-t-il été sobre de cette coaction, et son attention est de la restreindre et de la réduire à l'état d'exception.

348. Mais, précisément à cause de cette réserve dont il s'est fait une loi juste et bien entendue, il se déclare incompétent pour ce qui concerne les rapports qui sortent du droit civil proprement dit, et touchent à ces intérêts plus graves, plus nombreux, dont l'ébranlement fait subir à la fortune publique un fatal contrecoup. De là l'art. 2070 qui maintient force et vigueur aux lois spéciales qui autorisent la contrainte par corps dans les matières de commerce et dans celles qui concernent l'administration des deniers publics.

349. En effet, l'exercice du commerce est presque un office public [2]. Le négociant fait appel à la confiance de tous; par l'effet de cette rotation qui est la vie du commerce, ses actes se lient, soit comme cause, soit comme effet, aux actes d'autres négociants engagés d'affaires avec lui, et engagés aussi les uns aux autres, qui comptent à la fois et sur sa solvabilité et sur leur exactitude réciproque. Si cette chaîne, dont la confiance fait la force, est brisée par la faute d'un seul, n'est-il pas juste que la société arme le commerce frappé dans son action, paralysé dans son mouvement, de moyens énergiques pour forcer à la fidélité l'auteur de ce grave manquement? Lors même que la contrainte par corps ne serait qu'un moyen comminatoire pour éloigner du négoce ceux qui ne comptent pas assez avec eux-mêmes, ceux qui manquent de la prudence et des vertus propres au commerce, n'aurait-elle pas une raison légitime d'existence? Il ne faut pas permettre, en effet, qu'on s'aventure témérairement dans cette carrière déjà si incertaine par elle-même, où la fortune n'appelle que trop d'étourdis, en cachant sous de séduisantes espérances tant de dangereux écueils.

Il y a une autre raison.

Le commerce conduit ses opérations avec promptitude de temps et célérité de formes. Il est presque toujours trop pressé pour donner aux contrats qu'il forme avec de rapides écrits les garanties accessoires, les sûretés réelles et hypothécaires qui sont familières aux affaires civiles. Il accorde beaucoup à la confiance personnelle. C'est donc une raison pour que la personne ne lui refuse rien, pour qu'elle se livre entièrement, et qu'elle supplée à l'absence de sûretés réelles par la plus puissante de toutes les garanties personnelles, par l'obligation innée de la personne à la prise de corps [3].

350. Quant à l'administration des deniers publics, l'intérêt de la société parle si haut contre les comptables infidèles, que la contrainte par corps n'a pas besoin d'être défendue, soit qu'elle se borne à les menacer, soit qu'elle vienne les atteindre après qu'ils ont malversé [4]. Et comme le Code civil n'a pas pour objet de régler les rapports administratifs, lesquels se gouvernent par des principes particuliers [5], l'art. 2070 a bien fait de déclarer que le titre de la contrainte par corps ne déroge en rien aux lois spéciales qui organisent la contrainte par corps contre les administrateurs des deniers publics. Les scrupules du droit civil s'accommodent mal à une matière où la sévérité est commandée par la qualité des personnes et par l'intérêt social [6].

351. Il est aussi une matière qui a sur la contrainte par corps certaines lois propres et spéciales. C'est le droit pénal. Le Code civil n'a pas non plus la prétention de les dominer par ses principes. L'art. 2070 déclare donc qu'elles subsistent avec toutes leurs exceptions.

352. Toutes les lois auxquelles renvoie l'article 2070 du Code civil ont été remaniées par la loi du 17 avril 1832. Pour présenter dans un ensemble complet la matière de la contrainte par corps, nous ne pouvons nous dispenser de nous livrer à un commentaire de cette loi. Elle ajoute d'ailleurs au Code civil lui-même; elle réagit sur lui d'une manière précise par l'art. 7; elle en est donc le complément.

353. Enfin, elle a refondu la loi du 10 septembre 1807 qui réglait la contrainte par corps contre les étrangers. Sous ce rapport encore elle se lie à nos études; elle est un supplément du Code civil; elle est inséparable des art. 11, 13, 14, 15, 16, qui s'occupent des droits dont les étrangers jouissent en France.

[1] *Infrà*, n° 434.
[2] Mercator dicitur officium gerere (Straccha, *De mercaturâ*, part. 1, n° 24).
[3] *Infrà*, n°s 354 et 400.
[4] Voy. Coquille *sur Nivernais*, t. 32, art. 9.
[5] Portalis sur l'art. 1 de notre titre (Fenet, t. 15).
[6] *Infrà*, n°s 445, 451.

APPENDICE.

COMMENTAIRE DE LA LOI DU 17 AVRIL 1832.

TITRE PREMIER.

DISPOSITIONS RELATIVES A LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE DE COMMERCE.

Article 1er.

La contrainte par corps sera prononcée, sauf les exceptions et les modifications ci-après, contre toute personne condamnée pour dette commerciale au payement d'une somme principale de 200 fr. et au-dessus [1].

SOMMAIRE.

354. Fondement de la contrainte par corps en matière de commerce. Renvoi au nº 349. Nouvelles considérations.
355. Le commerce met beaucoup d'importance à ce moyen de contrainte.
356. La contrainte par corps est attachée de plein droit à toute dette commerciale. La loi de 1832 fait cesser des doutes qui, auparavant, existaient sur certains points à cet égard.
357. Exemple.
358. Suite.
359. Suite.
360. Suite.
361. Suite.
362. La loi de 1832 n'attache cependant la contrainte par corps qu'aux dettes commerciales de 200 fr. et au-dessus. En cela elle améliore la loi de l'an VI.
363. Pourquoi elle a adopté le chiffre de 200 fr. et non celui de 300 fr.
364. Elle veut que ce soit 200 fr. en principal. Différence à cet égard avec l'art. 2065, C. civ.
365. Pour savoir ce que c'est qu'une dette commerciale, il faut se reporter au C. de commerce.
366. Exemples de contrainte par corps commerciale. Associés.
367. Souscription d'une lettre de change par un non-négociant.
368. Endossement d'une lettre de change.
369. Billet à ordre souscrit par un négociant.
370. Billet à ordre souscrit par un non-négociant.
371. Les syndics d'une faillite sont-ils obligés commercialement ?
Comment la contrainte par corps peut les atteindre.
372. Des dommages et intérêts prononcés contre un commerçant.
Distinction.
373. Suite.
374. Importance de cette distinction.
375. Des dépens.
376. Suite.
377. Des personnes soumises à la contrainte par corps commerciale.
Des femmes commerçantes.
Des mineurs commerçants.
Des personnes élevées en dignité.
378. Des associés.
379. Il y a cependant certaines exceptions. Renvoi à l'article suivant.
380. Des pairs et députés.
Examen de quelques précédents de la chambre des pairs.
381. Des militaires, officiers, gardes nationaux.
382. Des marins à bord.
383. Des faillis, et des raisons qui font cesser la contrainte par corps en cas de faillite.
384. Des morts civils.

[1] Voy. loi du 15 germinal an VI, tit. 2, art. 1.

COMMENTAIRE.

354. Nous avons touché tout à l'heure, n° 249, les raisons qui ont déterminé le droit commercial à faire de la contrainte par corps la sanction de tous les engagements commerciaux. Le commerce, qui n'a pas toujours le temps de stipuler des contrats de garantie, est obligé de beaucoup accorder à la personne; il a droit, par réciprocité, de beaucoup attendre d'elle, et de n'être rassuré que lorsque l'engagement personnel le plus sévère corrobore les transactions. Moins il exige de la chose, plus il est prudent qu'il exige de la personne.

D'ailleurs, le commerce repousse les abstractions spéculatives et les tendances philanthropiques. Il lui faut du crédit, de la confiance, de l'exactitude, de la solvabilité; personne ne parle plus haut que lui, et dans des termes plus respectueux, de la bonne foi, et il a raison; car la bonne foi est, en affaires, comme toujours, le meilleur moyen de prospérer. *Mercatoris domum*, dit Straccha [1], *et veritatis et æquitatis plenam esse oportet... Bono fides inter mercatores servanda est*, etc., etc. Ce n'est pas toutefois à la manière du stoïcien, et par préférence philosophique de l'honnête sur l'utile, que le négociant exalte ces vertus; c'est que ces vertus lui sont bonnes et utiles : *Nihil melius bona fide* [2]. Elles sont le lien des négociants entre eux et la base de leur confiance réciproque. Sans la bonne foi, les transactions s'arrêtent, le crédit s'effraye, et le commerce porte ailleurs son activité. Si donc le négociant n'est pas honnête homme de cœur, il faut qu'il le soit par force; s'il n'est pas sage par caractère, il faut qu'il le soit par crainte pour sa personne; il faut qu'une rigueur salutaire lui apprenne, d'une part, qu'il doit être fidèle à sa parole pour être accrédité; de l'autre, que la prudence est une des conditions de sa profession : *Discant mercatores cautius negotiari* [3].

355. De là la contrainte par corps érigée en droit commun dans la jurisprudence commerciale [4]. L'opinion de Montesquieu l'approuve [5], et cette opinion est profondément enracinée parmi les négociants [6]. Le commerce regarde avec raison la contrainte par corps comme l'une de ses sauvegardes. Aussi, toutes les fois que les gouvernements intelligents ont appelé à l'aide de la prospérité publique le commerce étranger, ils lui ont donné pour garantie la personne et les biens des regnicoles; ils lui ont dit « Aie confiance; nos » sujets tiennent leurs promesses; ils y mettent » leurs corps pour caution. » C'est ainsi que Charles V favorisa les établissements des Castillans et des Italiens dans son royaume épuisé [7], et que les centres commerciaux du moyen âge peuplèrent leurs foires d'innombrables marchands, accourus des points les plus éloignés, et se confiant à la solidité des transactions et à la facilité de les faire exécuter sur les personnes et sur les choses. Que font nos rois quand ils veulent fortifier le crédit des receveurs de leurs finances? Une déclaration du 6 février 1692 déclare passibles de la contrainte par corps les trésoriers, receveurs, fermiers et autres gens d'affaires de S. M., signataires de billets souscrits pour valeur reçue; car s'ils en eussent été affranchis, ils auraient perdu la plus grande partie de leur crédit. Quiconque, en effet, ne s'obligerait pas, corps et biens, pour les affaires de son commerce, n'inspirerait pas cette entière confiance qui est la vie des affaires. Il laisserait croire qu'il redoute les suites de son engagement, et qu'il n'a pas en lui-même la foi qui appelle la foi.

Du reste, le privilége de l'incarcération pour les créances commerciales remonte très-haut. Les foires de Champagne en étaient fort jaloux [8]. Il était même placé dans l'opinion et dans les lois au-dessus de tous les autres priviléges personnels, privilége du sexe, privilége de l'âge [9], puissance maritale [10], priviléges cléricaux [11]. Le droit coutumier le consacra; il fut reconnu ensuite par les plus sages ordonnances, par celles qui dotèrent le commerce de la juridiction consulaire, et par l'ordonnance de 1667. Respectée par l'Assemblée constituante [12], qui cependant n'avait pas de penchant pour les exécutions personnelles; abolie par la Convention; remise en vigueur par la loi du 24 ventôse an v; organisée par la loi du 15 germinal an vi, la contrainte par corps en matière de commerce a été constituée d'une manière générale par l'article 1 de la loi du 17 avril 1832. Elle y a vaincu des velléités sentimentales et l'irréflexion de préjugés ultra-libéraux.

356. La première règle de l'article 1 de la

---

[1] *De mercatura*, pars 2, nos 9 et 10.
[2] *Id.*, et il ajoute : *Omnis eorum vita est ad quæstum*, n° 16.
[3] Straccha, *loc. cit.*, n° 31, en parodiant les empereurs Sévère et Antonin, l. 2, C., *de furtis*.
[4] Voy. notre *Préface*.
[5] *Suprà*, n° 6.
[6] Jacquinot-Pampelune le reconnait positivement dans sa proposition.
[7] En 1366, il leur accorda la contrainte par corps contre les Français.
[8] *Suprà*, n° 312.
[9] Brodeau sur Louet, lettre F, som. xi, n° 4.
[10] *Suprà*, n° 313.
[11] *Id.*
[12] Loi du 16 24 août 1790, tit. 12, art. 5.

loi du 17 avril 1832, c'est que la contrainte par corps peut être prononcée pour toute dette commerciale et contre toute personne [1].

Nous disons d'abord ; pour toute dette commerciale. C'est un point important décidé par la loi du 17 avril 1832, et qui auparavant avait fait doute dans la jurisprudence.

357. En effet, une première difficulté s'était présentée sous l'empire de la loi du 15 germinal an VI. Comme le titre 2 de cette loi avait fait une énumération imparfaite des causes commerciales en vertu desquelles la contrainte par corps pouvait être prononcée, les arrêts, entravés par la puissance du texte, avaient dû s'abstenir de l'appliquer aux cas qui n'étaient pas positivement compris dans le détail de la loi. C'est ce qui était arrivé, par exemple, pour les prêts d'argent faits de marchand à marchand; car ils n'avaient pas de place dans l'énumération législative, malgré leur caractère commercial [2].

358. La publication du Code de commerce augmenta les anomalies et la confusion. Trompant l'attente du public, qui avait espéré trouver dans ce Code une organisation de la contrainte par corps commerciale, comme le Code civil avait organisé la contrainte par corps civile, il garda un silence à peu près complet [3]. Silence d'autant plus étonnant que la matière de la contrainte par corps a toujours été considérée comme appartenant plus encore au droit commercial qu'au droit civil, et que l'ordonnance de 1673 contenait un titre sur ce mode d'exécution [4].

359. De là sortirent une foule de questions qui partagèrent les esprits. L'énumération des actes qualifiés actes de commerce par le Code de commerce ayant rangé dans la catégorie des faits commerciaux beaucoup d'opérations dont ne parlait pas la loi de germinal an VI, on se demanda si le Code de commerce n'avait pas élargi le cercle de la contrainte par corps au delà des limites posées par la loi de germinal an VI, et s'il ne fallait pas étendre ce moyen de rigueur à tous les actes réputés actes de commerce par le nouveau Code. Ceux-ci se prononcèrent pour une extension désirée par le crédit commercial [5]; ceux-là pour la stricte et textuelle observation de la loi de germinal an VI [6].

360. D'autres difficultés encore hérissaient la jurisprudence, et l'incohérence des lois qui gouvernaient la matière donnait naissance à des systèmes arbitraires; la confusion s'ajoutait à la confusion.

Ainsi, par exemple, il y en avait qui prétendirent qu'en ce qui concerne les négociants de profession, tout le système de la loi de l'an VI avait été abrogé par les art. 437 et 455 du Code de commerce, dont le premier met en faillite tout commerçant qui cesse ses payements, dont le second défend toute contrainte par corps contre un failli et veut seulement que la personne du failli soit mise en dépôt [7]. Et quant aux non-négociants qui se mêlent d'opérations de commerce et que l'art. 637 soumet à la contrainte par corps, on disputait beaucoup pour savoir si la forme devait être réglée par le Code de procédure civile ou bien par la loi de l'an VI. On voit que si quelques-unes de ces questions étaient vaines, d'autres présentaient d'assez graves complications. Il suffisait d'ailleurs qu'elles fussent posées pour que la jurisprudence perdît le caractère de simplicité par lequel elle doit surtout se recommander.

361. La loi actuelle a fait cesser ces controverses. Toute dette commerciale entraîne la contrainte par corps; toute dette commerciale, disons-nous, pourvu qu'elle soit en principal de 200 francs et au-dessus; car si elle était moindre, il n'y aurait pas un assez grand intérêt à mettre en usage ce rude moyen de coaction [8].

362. En ce point, la loi nouvelle a amélioré la loi de germinal an VI, qui n'avait pas égard à la modicité de la dette. De toutes parts on s'était plaint de cette dureté : M. Laffitte, dans son rapport à la chambre des députés sur la pétition du sieur Gibot [9]; Jacquinot-Pampelune, dans sa proposition relative à la contrainte par corps [10]. La loi de 1832 a fait droit à ces justes réclamations [11].

363. Si elle a adopté le chiffre de 200 fr. au lieu du chiffre de 300 fr. qui est celui des matières civiles, c'est à cause de certains petits commerces, tels, par exemple, que celui des colporteurs [12], qui opèrent dans de petites proportions, et qu'il ne fallait pas laisser sans protection.

364. On remarquera que les 200 fr. doivent être une somme principale, ainsi que le texte prend soin de le dire. C'est là une différence grave entre notre article et l'art. 2065 du Code civil qui, pour compléter son total de 300 fr., n'exclut pas la réunion des accessoires au principal [13].

[1] *Infrà*, n° 377.
[2] Cass., 15 janvier 1806 (Dall., 6, 392) et *Pasicrisie*, à cette date.
[3] Voy. cependant l'art. 637 du C. de commerce.
[4] Jacquinot-Pampelune, propos. de 1828.
[5] Locré et Vincens.
[6] Voy. les arrêts rapportés par Dalloz, v° *Contrainte par corps*, t. 6, p. 376. La cour de cassation se prononça pour ce dernier parti.
[7] *De la contrainte par corps*, par Loubens et Bourbon-Leblanc, p. 97.
[8] *Suprà*, n° 279. *Infrà*, n° 416.
[9] *Moniteur* du 23 mars 1828.
[10] Comité secret du 12 juillet 1828.
[11] Voy. *Moniteur* des 1er et 2 janvier 1832; discours à la chambre des pairs.
[12] Jacquinot-Pampelune, p. 405.
[13] *Suprà*, n° 287.

365. Maintenant, qu'entend-on par dette commerciale?

C'est celle qui a été contractée par un commerçant envers un autre commerçant pour son commerce [1]; c'est aussi celle qui a été contractée par un commerçant ou par un non-commerçant en faisant un acte de commerce avec une personne quelconque [2]. La loi du 17 avril 1832 n'a pas donné la définition de la *dette commerciale;* mais il a été bien entendu, lors de la discussion de cette loi, qu'elle devait être mise en harmonie avec les dispositions du Code de commerce qui définissent les cas où un individu est obligé commercialement. Nous ne nous appesantirons pas sur ces différents cas. Ils ont été traités dans les livres consacrés au droit commercial, leur place n'est pas ici.

Nous nous bornerons à quelques exemples rapides.

366. Ainsi, entre associés commerciaux, il y a lieu à la contrainte par corps. Jadis, on tenait la négative sous prétexte de la fraternité qui existe d'associé à associé [3]. Mais c'était pousser à l'excès un sentiment respectable. L'associé qui manque à ses engagements et qui viole la foi sociale ne mérite pas d'égards; il s'en est rendu indigne. C'est dans ce dernier sens qu'avait été entendue la loi du 15 germinal an VI [4]. La loi nouvelle lui donne encore plus d'autorité [5].

367. Ainsi encore, la souscription d'une lettre de change, quand même le souscripteur ne serait pas négociant, le soumet à la contrainte par corps; car c'est là une dette éminemment commerciale [6].

368. Il en est de même de l'endossement d'une lettre de change. L'endossement est un acte de commerce; il suit la loi du billet qu'il conduit de personne en personne jusqu'à celle qui est chargée de l'acquitter [7]. Si la lettre de change est sincère [8], l'endossement qu'en fait un non-négociant oblige ce dernier par corps envers celui à qui il le transmet [9].

369. Nous disons la même chose du billet à ordre souscrit par un négociant; il est présumé dette commerciale alors même qu'il est souscrit au profit d'un non-négociant qui ne l'a pas négocié [10]. A moins qu'il n'énonce une cause étrangère au commerce du souscripteur, il engendre la contrainte par corps [11].

370. Mais s'il est souscrit par un non-négociant, il ne constitue une dette commerciale que lorsque le souscripteur s'est engagé pour une opération de commerce, pour un trafic, pour un fait de change, de banque ou de courtage [12]; car le billet à ordre souscrit par un non-négociant n'a de commercial que la forme; il n'y a pas de présomption juridique qui le rende commercial pour le fond. Il faut qu'il soit prouvé qu'il se rattache à une opération commerciale [13].

371. On demande si les syndics d'une faillite sont obligés commercialement. Nous ne le pensons pas [14]. Aussi la contrainte par corps n'a-t-elle pas lieu de plein droit contre eux; ils ne peuvent encourir que la contrainte facultative dont nous avons parlé ci-dessus [15], en leur qualité d'administrateurs constitués par justice [16].

372. Les dommages et intérêts prononcés contre un commerçant ne sont pas nécessairement une dette commerciale. Par exemple, un négociant en poursuit un autre et le fait déclarer en faillite par défaut; celui-ci fait opposition, se fait relever des condamnations obtenues contre lui, et obtient des dommages et intérêts pour cette procédure vexatoire et injurieuse [17]. Il est évident qu'il n'y a rien de commercial dans cette situation. Le tribunal de commerce, saisi de la connaissance du débat, ne peut prononcer que la contrainte facultative autorisée par l'art. 126 du Code de procédure civile [18]; l'art. 1er de la loi du 17 avril 1832 est entièrement inapplicable.

373. Quelquefois cependant les dommages et intérêts peuvent avoir le caractère commercial. Supposons que Pierre, fabricant de savon, se soit obligé à livrer une certaine partie de cette marchandise à François, épicier en gros, et cela pour telle époque précise qui importe au commerce de ce dernier; si la fourniture n'est pas faite à temps, les dommages et intérêts encourus par Pierre seront, à mon avis, une dette commerciale; le juge devra prononcer la contrainte par corps en vertu de l'art. 1er de la loi du 17 avril 1832. Ces dommages et intérêts, en effet, représentent l'affaire même; ils en sont le rendement commercial; le manquement est aussi un fait de commerce qui s'apprécie

---

[1] Arg. de l'art 631, § 1°, C. de commerce.
[2] Arg. de l'art. 631, § 2°, C. de commerce, et 636.
[3] Chambre civile, rejet, 1er avril 1817 (Dall., t. 6, p. 408). (Palais, t. 3 de 1817, p. 450.) *Pasicrisie*, à cette date. *Infrà*, nos 378 et 536.
[4] Cass., rejet, 1 ou 25 prairial an X. Dall., t. 6, p. 410. *Pasicrisie*, à cette date. Lyon, 28 décembre 1826 (Dall., 28, 2, 107); *ib* Palais, t 3 de 1827, p. 428. Les arrêtistes citent d'autres arrêts. Je crois inutile de les rappeler.
[5] *Infrà*, n° 378.
[6] Art. 634, C. de commerce. *Infrà*, n° 388.
[7] Cass., chambre civile, rejet, 21 fevrier 1814. *Pasicrisie*, à cette date. Palais, t. 3 de 1814, p. 279.
[8] *Infrà*, nos 389 et suiv.
[9] *Infra*, n° 402.
[10] Rouen, 10 mars 1813. *Pasicrisie*, à cette date.
[11] Art. 638, C. de commerce.
[12] *Id*.
[13] *Infrà*, n° 405.
[14] *Suprà*, nos 135, 136.
[15] N° 241.
[16] *Junge* Coin-Delisle, p. 87, n° 22. *Suprà*, nos 241 et 134, 135, 136.
[17] Espèce d'un arrêt de Colmar, 17 mars 1810. *Pasicrisie*, à cette date.
[18] Même arrêt. Coin-Delisle, p. 87, n° 22.

au point de vue du droit commercial et des intérêts du négoce [1].

374. Ceci est digne de remarque, et il importe beaucoup de savoir si la condamnation est civile et procède de l'art. 126 du Code de procédure civile, ou bien si elle est une application de l'art. 1er de la loi du 17 avril 1832. Quand c'est l'art. 126 qui est la règle du juge, la condamnation est facultative; au contraire, elle est obligatoire quand c'est en vertu de la loi de 1832 qu'elle est prononcée.

De plus, l'art. 126 n'autorise la contrainte par corps que lorsque les dommages et intérêts excèdent 300 fr. [2]. Au contraire, la loi de 1832 l'autorise quand la dette est de 200 fr.

375. Les dépens faits dans les procédures qui se suivent devant les tribunaux de commerce ne sont pas plus privilégiés que les dépens en matière civile [3]. Telle était la règle avant la loi de 1832 [4]; telle elle est encore, et à plus forte raison depuis cette loi. Les dépens ne sont pas une dette commerciale.

376. Ainsi, la contrainte par corps ne saurait être réclamée en vertu de la loi de 1832 pour les frais de protêt et de rechange [5].

377. Nous disions au n° 356 que la contrainte par corps appartient à toute dette commerciale contre toute personne. A part les réserves que la loi a faites pour les droits du sang [6], nul particulier n'est privilégié en cette matière : ni la femme commerçante [7], ni l'épouse commerçante [8], ni le mineur qui fait le commerce [9]. Les temps sont passés où les priviléges de la naissance et de certaines dignités avaient fait admettre des exceptions au droit commun; où *les seigneurs de la première qualité*, dit Brillon, *ne pouvaient être emprisonnés pour dette* [10]. Déjà, dans l'ancien régime luimême, les arrêts des parlements avaient fait prévaloir autant qu'il était en eux le principe tutélaire de l'égalité devant la loi, et la contrainte par corps n'avait épargné ni les hauts magistrats [11], ni même les ducs et pairs [12].

Aujourd'hui, à plus forte raison, la loi est la même pour tous; un fonctionnaire public, quel qu'il soit, qui souscrirait une lettre de change, n'échapperait pas à la contrainte par corps.

378. Par là se trouve confirmé ce que nous disions, au n° 366, du droit d'un associé, en matière de commerce, d'exercer la contrainte par corps contre son coassocié.

379. La loi reconnaît cependant certaines exceptions; l'article suivant en signale quelques-unes.

380. Il y a aussi les exceptions commandées par l'indépendance dont doivent jouir les pouvoirs politiques. Je veux parler de la situation privilégiée faite aux pairs et aux députés [13].

Avant 1814, les membres du corps législatif ne jouissaient d'aucune immunité à cet égard. L'Assemblée constituante avait voulu que ses membres fussent soumis au droit commun [14].

La charte de 1814 en a disposé autrement. A l'égard des députés [15], il est dit qu'aucune contrainte par corps ne peut être exercée contre un membre de la chambre durant la session et dans les six semaines qui l'ont précédée ou suivie.

Quant aux pairs, l'article 29 décide qu'aucun pair ne peut être arrêté que de l'autorité de la chambre.

Ici, nous ferons remarquer que la chambre des pairs a un pouvoir discrétionnaire pour décider la question d'autorisation, et qu'il dépend d'elle de refuser cette autorisation si elle le juge convenable au point de vue de l'équité, de la convenance, de la dignité de la pairie [16].

Dans une discussion qui s'éleva en 1820 et 1821 à la chambre des pairs sur l'exécution de l'article précité de la charte, plusieurs membres éminents de cette assemblée se montrèrent fort préoccupés de l'inviolabilité de la pairie, du besoin de conserver à la chambre tous ceux qui lui appartiennent, du respect dû à la personne de citoyens dont le temps, les méditations, les paroles, les actions, toutes les facultés, sont dévoués à la chose publique. En conséquence, une majorité docile à ces idées se prononça positivement pour que la contrainte par corps ne fût jamais autorisée contre les pairs que dans le cas où l'affaire présenterait les caractères du dol et de la fraude [17].

Cette résolution me paraît dominée par de faux principes et de vains préjugés. La chambre s'en est écartée le 24 septembre 1831 [18], et elle a bien fait. En cette matière, il est dangereux pour un corps de se lier par des règles générales; l'impartialité lui commande de réserver toute son indépendance afin d'être prêt, suivant l'exigence des cas imprévus, à la sévérité ou à la douceur. A mes yeux, l'honneur de la pairie ne consiste pas à être au-dessus

[1] Coin-Delisle semble contraire; il ne fait pas cependant ces distinctions (p. 87, n° 22).
[2] *Suprà*, n° 233.
[3] *Suprà*, n° 215.
[4] *Ibid.*, on verra les arrêts.
[5] Duranton, t. 18, n° 488. Coin-Delisle, p. 87, n° 25.
[6] *Infrà*, n° 535.
[7] *Suprà*, n° 312 et 355. *Infrà*, n° 382.
[8] *Suprà*, n° 312 et 313.
[9] *Suprà*, n° 278.
[10] V° *Contrainte par corps*, n° 13.
[11] Un président à la chambre des comptes. Brillon, *loc. cit.*
[12] *Id.*
[13] *Suprà*, n° 23.
[14] Décret du 7 juillet 1790. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Contrainte par corps*, § 12.
[15] Art. 43.
[16] Voy. le discours de Lally-Tollendal, rapporté par Merlin, *loc. cit.*
[17] Voy. cette discussion dans Merlin, *loc. cit.*
[18] Coin-Delisle, p. 53.

des lois. Je le place surtout dans une conduite exemplaire, dans une vie intègre d'où le scandale n'approche pas. *Noblesse oblige.* A vrai dire, je ne vois pas de quelle utilité peuvent être pour la chambre des pairs ceux de ses membres, s'il en existe, qui ne jouissent pas même du crédit privé, et laissent leur signature mentir ou tromper. Leur concours à la confection de la loi ne pourrait qu'en infirmer l'autorité. L'homme qui dépense son patrimoine sans retenue, ou s'aventure dans les jeux téméraires de la bourse, n'est pas ce citoyen dévoué au service de l'État auquel on faisait une si fausse allusion dans la discussion que je citais tout à l'heure. Ce n'est pas de lui qu'on peut dire avec Cicéron : « *Vigilare, cogitare, adesse* » *animo, semper pro republica aliquid dicere* » *aut facere.* » Il ne sait pas gouverner ses affaires, comment gouvernera-t-il celles du pays? Il ne pense qu'aux expédients désespérés, comment pensera-t-il aux affaires publiques? Il n'y a donc rien à gagner à conserver dans un corps si haut placé des hommes tombés si bas; et il est bon pour l'exemple de les abandonner aux rigueurs de la justice.

Sans doute, quelques cas pourront se présenter où l'équité conseillera des ménagements et où la poursuite pourra être inspirée par la passion, ou la jalousie ou la haine des supériorités. Voilà pourquoi la chambre des pairs est appelée à faire intervenir sa médiation. Elle fera la part des revers imprévus et non mérités; elle s'interposera entre un radicalisme niveleur. Mais elle n'érigera pas en principe un privilége trop absolu. Elle sera sévère pour l'imprudence, parce qu'un pair doit être prudent; elle sera sévère pour la dissipation, parce qu'un pair doit être un bon père de famille; elle sera sévère pour le jeu, parce que la place d'un pair est ailleurs qu'à la bourse. En un mot, la déconfiture est plus infamante pour un pair que pour un simple particulier; sa noble qualité aggrave sa faute; elle ne saurait l'excuser. Si dans notre société, un peu trop portée peut-être à l'indulgence américaine pour les mauvais payeurs, il fallait renouveler les notes infamantes de la loi Porcia [1], je voudrais surtout que ce fussent les pairs qui en fussent menacés; s'il fallait même abolir la contrainte par corps par mesure générale, je voudrais qu'elle fut maintenue comme exception pénale contre les pairs infidèles à leurs engagements. Plus est élevée la place qu'un homme occupe dans son pays, plus sont étroits les devoirs que l'honneur exige de lui.

381. On demande si l'on peut contraindre un militaire en activité de service, ou un garde national lorsqu'il se rend à l'appel qui lui est régulièrement fait?

Les opinions sont partagées [2].

Un arrêt de la cour de Caen du 22 juin 1829 [3] s'est prononcé pour la négative, par cette raison d'ordre public, que le soldat ne peut être distrait, par des motifs de pur intérêt privé, du service qu'il remplit ou de celui qu'il peut remplir. Au contraire, un jugement du tribunal de Rouen du 16 septembre 1846 [4] a maintenu l'arrestation d'un garde national opérée au moment où il se rendait de chez lui à l'hôtel de ville pour faire son service.

Jadis les gens de guerre étaient exempts de la contrainte par corps [5], et il était de règle que quiconque allait et venait avec mandement du roi avait un sauf-conduit légal et de plein droit [6]. Cette jurisprudence est encore suivie en Suisse, où d'après l'article 1549 du Code du canton de Vaud, on ne peut contraindre le militaire en temps de service.

Ce qui fait la difficulté, c'est que les lois nouvelles n'ont pas répété ces dispositions de l'ancien droit. Bien plus : la loi du 17 juillet 1791 (tit. 3, art. 63) considère comme démissionnaires les officiers qui n'ont pas satisfait dans les deux mois à la condamnation par corps, et le décret du 7 thermidor an VIII déclare la loi du 15 germinal an VI applicable aux conscrits, sans distinguer s'ils sont sous les drapeaux ou dans leurs foyers [7].

Si la loi avait voulu placer les militaires en activité de service dans une position exceptionnelle, elle l'aurait dit. N'est-ce pas ce qu'elle a fait pour les gens de mer à bord [8]? Son silence a donc une grande valeur. Il paraît difficile d'échapper au droit commun.

Sans doute, nous n'admettons pas que l'arrestation puisse venir saisir le soldat en faction, l'officier à la tête de son corps. Elle ne saurait troubler pour un calcul privé un service public. Mais autre chose est l'exercice actuel de la fonction, qui doit être respectée; autre chose est le caractère de l'homme, qui n'a pas de privilége.

382. Quant aux marins à bord, leur exemption est écrite dans l'article 231 du Code de commerce. On conçoit les motifs de sûreté qui l'ont fait établir.

383. De même que dans le droit civil la cession de biens fait obstacle à la contrainte par corps [9], de même dans le droit commercial la contrainte par corps est arrêtée par la

[1] La loi Roscia assignait aux déconfits une place particulière au théâtre. Cicér., 2 *Philipp.*, 18. Pline, VII, 20. Juvénal, XIV, *Satyr.*

[2] Fœlix, p. 11, tient la négative; Thomine, t. 2, n° 911, Carré, n° 2622, Coin-Delisle, p. 53, l'affirmative, ainsi que Pardessus, t. 5, n° 1509.

[3] *Pasicrisie*, à sa date.

[4] *Gazette des tribunaux* du 17 septembre 1846.

[5] Pothier, *Procéd. civile*, part. 5, ch. 1.

[6] Loisel, 6, 5, 8, et Delaurière et le Grand coutumier, 1, 3.

[7] Dalloz, t. 6, p. 361.

[8] Art. 231. C. de comm.

[9] *Supra*, n° 40.

faillite [1]. La contrainte par corps, en effet, a été instituée pour arriver à la découverte des ressources cachées du débiteur. Elle n'a plus d'objet lorsque, dessaisi de tout son avoir, le débiteur a livré ses ressources à la masse de ses créanciers [2].

C'est ce que n'ont pas compris les adversaires de la contrainte par corps [3] lorsqu'ils ont prétendu que la législation des faillites est la plus sévère réprobation de ce moyen d'exécution. Singulier système, disent-ils, qui enlève au commerce son moyen coercitif lorsqu'il paraît le plus utile! Inconcevable législation qui fait un privilége de la faillite et excuse celui qui cause le plus de dommage, celui qui froisse le plus d'intérêts! Simple débiteur, il serait jeté dans les prisons, pêle-mêle avec les escrocs et les filous; failli, il est libre, sans même qu'on lui impose la condition de payer [4].

Deux mots de réponse sont tout ce qu'il faut pour réfuter de si faux aperçus. D'abord, la contrainte par corps n'est pas une peine; elle n'est qu'un moyen de coaction. Or, lorsque la possibilité manque, la coaction est odieuse et vexatoire. Faut-il donc rappeler cette vérité aux philanthropes? et sommes-nous réduits à leur dire que leur sévérité est aussi inopportune que leur clémence est dangereuse? Le commerce n'a pas de moyens coercitifs à mettre en œuvre lorsque le débiteur s'est entièrement dessaisi. *Où il n'y a rien le roi perd ses droits.*

Ensuite, il n'est pas vrai que le failli soit placé par la législation sur les faillites dans une situation privilégiée. La cessation de la contrainte par corps lorsqu'il y a faillite est l'application aux matières de commerce de l'idée qui en matière civile a fait instituer la cession de biens. Qu'un débiteur soit commerçant ou non, qu'il ait plusieurs créanciers ou qu'il n'en ait qu'un, il peut toujours s'exonérer de la contrainte par corps en se dépouillant de tout son avoir. Ce dépouillement est une conséquence de la faillite : voilà pourquoi il arrête la contrainte par corps. En droit civil, il s'appelle cession de biens : voilà pourquoi la cession de biens est un obstacle à la contrainte par corps.

Mais on insiste.

Tout commerçant, dit-on, qui est arrêté pour dettes, est par cela même en faillite; dès lors, il peut solliciter et obtenir un sauf-conduit. Or, voyez le circuit incompréhensible d'effets contradictoires avec leur cause : l'emprisonnement fait naître la faillite, et la faillite fait cesser l'emprisonnement [5]. Le négociant échappe donc à la contrainte par corps par une déclaration de faillite. Pour qui sont réservées les rigueurs de la contrainte par corps? pour les individus non négociants qui ont fait quelques actes isolés de commerce. Ceux-là gémissent en prison; les autres voient les verrous se lever devant eux. Comment peut-on dire dès lors que la contrainte par corps est utile au commerce [6]?

Voici pourquoi.

On est obligé de convenir qu'un négociant véritable peut être incarcéré pour dettes [7]. Et, en fait, il y a malheureusement bien des exemples de tels emprisonnements. Or, croyez-vous que ce ne soit pas une puissante garantie que la menace de cette saisie personnelle qui met un homme dans la nécessité de déposer son bilan et d'abdiquer tout ce qui est cher en ce monde à un commerçant honnête? Pour moi, loin de douter de l'utilité de la contrainte par corps pour le commerce, je la vois se montrer sous un double rapport, sous un rapport effectif et sous un rapport préventif.

Sous un rapport effectif : il y a des spéculateurs qui ont la triste habileté de prolonger une existence commerciale désespérée, au grand détriment du public et du crédit. N'est-il pas bon et utile qu'il y ait dans la loi un moyen décisif de faire tomber ce vain échafaudage de faux semblants et de rendre à la vérité sa manifestation?

Sous un rapport préventif : c'est en effet un sujet de réflexions profitables pour celui qui entre dans la carrière des affaires commerciales que de voir au bout d'une gestion imprudente et déréglée l'alternative de la contrainte par corps ou de la faillite, ou, si l'on veut, la faillite par suite de la contrainte par corps.

Quant à la comparaison qu'on se plaît à faire entre les non-commerçants qui restent en prison pour n'avoir pas payé une lettre de change, et les négociants qui en sortent par la faillite [8], comment peut-on insister sur des contrastes aussi peu conformes à la vérité des choses? Est-ce que le non-négociant ne peut pas sortir de prison en faisant la cession des biens, qui est la faillite civile? La seule différence, c'est que la faillite commerciale est forcée, tandis que la cession de biens ne l'est pas, et que beaucoup de débiteurs civils profitent de cette situation pour garder ce qu'ils ont en ne payant pas et en livrant leur personne. On a cité l'exemple d'un homme de lettres qui, ayant reçu ses droits d'auteur en lettres de change, et les ayant négociées, fut mis en prison faute de payement à l'échéance. Au contraire, le libraire qui les avait souscrites et

[1] *Suprà*, n° 40.
[2] Renouard, *Des faillites*, t. 1, p. 304.
[3] Par exemple, Bayle-Mouillard, p. 213 et suiv.
[4] *Id.*, p. 214.
[5] Bayle-Mouillard, p. 215.
[6] *Id.*
[7] Renouard, *loc. cit.*, t. 1, p. 304. Bayle-Mouillard, p. 215.
[8] Voy. Bayle-Mouillard, p. 229.

qui, en ne tenant pas ses promesses, avait été cause de tout le mal, ce libraire fit déclarer sa faillite, conserva sa liberté, recommença de nouvelles affaires et travailla à réparer sa fortune, tandis que l'autre resta sous les verrous pendant deux ans [1]. Je ne nie pas le fait; mais je n'y vois rien qui m'étonne. L'homme de lettres était maître de préférer la prison à la cession de biens. S'il eut préféré la cession de biens à la prison, il aurait pu faire comme le libraire.

384. La mort civile, qui ouvre la succession du condamné et lui fait perdre la propriété de tous ses biens, a des effets analogues à la faillite; elle fait cesser ou arrête la contrainte par corps [2]. Tous les droits des créanciers se trouvent reportés contre les héritiers. C'est vers eux que les poursuites doivent être dirigées.

Mais on verra plus tard [3] qu'ils ne sont pas soumis à la contrainte par corps qui frappait leur auteur.

ARTICLE 2.

Ne sont point soumis à la contrainte par corps en matière de commerce :

1° Les femmes et les filles non légalement réputées marchandes publiques;

2° Les mineurs non commerçants, ou qui ne sont pas réputés majeurs pour fait de leur commerce [4];

3° Les veuves et cautions des justiciables des tribunaux de commerce assignées devant ces tribunaux en reprise d'instance, ou par actions nouvelles, en raison de leur qualité.

SOMMAIRE.

385. Des exemptions à la contrainte par corps.
Pour que la femme soit sujette à la contrainte par corps, il faut qu'elle soit marchande publique.
Mais si elle n'est pas marchande publique, elle ne peut être atteinte par la contrainte par corps;
Lors même qu'elle aurait souscrit des lettres de change et qu'elle se serait faussement dite marchande publique.
386. Des mineurs non commerçants.
387. La contrainte par corps n'atteint pas les héritiers de ceux qui s'y sont soumis.

COMMENTAIRE.

385. Nous avons vu ci-dessus que la femme qui s'ingère dans le commerce est passible de la contrainte par corps [5]. Le commerce la relève de son incapacité [6] : *Ad instar masculi redacta est* [7]. Il n'y a même pas d'exception pour l'épouse; le mariage qui la met sous la

---

[1] Voy. Bayle-Mouillard, p. 229.

[2] Jugement du tribunal de Vic du 20 mars 1846, rapporté avec une consultation de Devilleneuve, 46. 2. 425. Ce jugement a été confirmé par l'arrêt de la cour royale de Nancy du 21 novembre 1846, qui est encore inédit, et dont voici le texte :

« Sur l'appel incident du domaine; — attendu que, par l'arrêt de la cour d'assise de la Meurthe du 24 novemb. 1825 qui a prononcé contre lui la peine des travaux forcés à perpétuité, laquelle emporte la mort civile, aux termes de l'art. 18. C. pén., et qui a été exécuté, Conter a été frappé de mort civile; — que, par cette mort civile, Conter, suivant l'article 25 du Code civil, a perdu la propriété de tous les biens qu'il possédait; que sa succession s'est ouverte au profit de ses héritiers auxquels ses biens ont été dévolus de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament, et que, par suite, il se trouve personnellement déchargé de la condamnation de frais prononcée contre lui par ledit arrêt, et à raison de laquelle les poursuites qui font la matière du procès ont été dirigées contre lui et ledit Conter, incarcéré depuis le 14 novembre 1845 jusqu'au 25 mars 1846; — attendu qu'en marge de l'arrêt de condamnation précité se trouve la mention suivante : « Par décision du 9 janvier 1835, Sa » Majesté a daigné réduire à dix-huit mois la peine » prononcée, sous la réserve des droits de la partie » civile s'il en existe une, tous les effets de la con- » damnation sortissant au surplus; » — attendu que les termes de cette décision ne modifient en rien la situation de Conter telle qu'elle vient d'être déterminée en elle-même et dans ses conséquences; — sur l'appel principal de Conter : — attendu que la longue incarcération à laquelle il a été soumis de la part de l'administration des domaines, et pendant laquelle il a été privé de sa liberté et de tout moyen de travail, est une cause suffisante aux dommages et intérêts qu'il réclame, etc.

[3] N° 387.

[4] Voy. loi du 15 germinal, an VI, tit. 2. art. 2.

[5] N°s 312, 315, 377, 555, ordonn. de 1667.

[6] Art. 220, C. civil; 4, 5, C. de comm.

[7] *Suprà*, n° 315.

puissance du mari ne l'empêche pas, quand elle est commerçante, de tomber sous la main de son créancier. Le mari, qui a autorisé son commerce, a consenti par cela même à toutes les conséquences de ses engagements commerciaux. Vainement dirait-il (j'emploie les expressions de Coquille) [1] « que la femme » mariée doit service personnel à son mari, » pourquoi semblerait qu'au préjudice de ce » devoir, qui est inhérent et de l'essence du » mariage, elle ne puisse s'obliger par prison. » Car le mari n'aurait de quoi se plaindre qui » l'aurait consenti. »

Mais, pour que la femme soit relevée de son incapacité native, il faut que le commerce soit sa profession habituelle, ou, comme le dit notre article, qu'elle soit réputée marchande publique.

Que si, sans être marchande publique, elle fait des actes de commerce isolés, la contrainte par corps ne l'atteint plus. Elle reste sous l'empire de l'art. 2066 du Code civil. Eût-elle souscrit l'acte qui porte au plus haut degré le caractère commercial, c'est-à-dire une lettre de change, elle ne serait pas contraignable par corps; car elle ne serait pas pour cela marchande publique; elle n'aurait pas ce caractère de capacité qui l'élève à la capacité virile. On pourrait craindre que l'ignorance, l'entraînement, l'irréflexion lui aient fermé les yeux sur les conséquences graves de son engagement.

C'est pour cela que l'art. 113 du Code de commerce répute simple promesse la lettre de change souscrite par une femme ou une fille qui n'est pas marchande publique.

Lors même que la femme qui aurait souscrit la lettre de change se serait dite marchande publique tandis qu'elle ne l'était pas, cette fausse déclaration ne changerait pas l'état des choses; elle serait inefficace pour assujettir à la contrainte par corps la femme qui de droit en est affranchie; elle ne ferait pas que la femme soit *légalement réputée marchande publique*, pour me servir des expressions de notre article; car, d'après l'article 5 du Code de commerce, elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait elle-même le commerce [2]. Sans doute les tiers pourront quelquefois être victimes de ce mensonge. C'est pourquoi, avant la loi du 17 avril 1832, la jurisprudence s'était montrée sévère et avait tenu pour marchandes publiques des femmes qui, en souscrivant des effets de commerce, avaient pris cette qualité [3]. Mais notre article est conçu dans des termes qui infirment cette manière de voir. C'est aux tiers à se tenir sur leurs gardes quand ils verront sur une lettre de change une signature de femme qu'ils ne connaîtront pas.

386. Tout ceci est vrai, à plus forte raison, des mineurs.

Le mineur commerçant est susceptible de contrainte par corps [4]; car il est réputé majeur pour le fait de son commerce [5]. Hors de là, tous ses engagements, lors même qu'ils prendraient la forme de la lettre de change, n'auraient aucune vertu, surtout pour ce qui concerne la contrainte par corps [6].

Il ne servirait de rien que le mineur eût faussement pris la qualité de marchand. Les déclarations inexactes faites par le mineur ne nuisent pas à sa restitution [7].

387. La contrainte par corps commerciale ne saurait atteindre les héritiers et les veuves des négociants qui y sont soumis. Vainement dirait-on, avec d'anciens jurisconsultes [8], que le décès du débiteur ne doit pas altérer la qualité de la créance, et que l'acte exécutoire contre le débiteur est exécutoire contre son héritier qui prend sa place et le représente [9]. La réponse à cette objection est que la contrainte par corps est personnelle ; elle ne dépasse pas la personne obligée. Les veuves et héritiers ne seraient contraignables par corps qu'autant qu'ils auraient continué le commerce pour leur propre compte et auraient contracté en leur nom de nouvelles dettes [10].

ARTICLE 3.

Les condamnations prononcées par les tribunaux de commerce contre des individus non négociants, pour signatures apposées, soit à des lettres de change réputées simples promesses aux termes de l'article 112 du Code de commerce, soit à des billets à ordre, n'emportent point la contrainte par corps, à moins que ces signatures et engagements

[1] Quest. 194.
[2] Coin-Delisle, p. 91, col. 1, n° 4.
[3] Paris, 2 juin 1827 (Dall., 28, 2, 156); *Pasicrisie*. Palais, 1827. t. 3. p. 517.
[4] *Suprà*, n°s 278 et 377.
[5] Art. 487, C. civil. Art. 2, 6, C. de comm.
[6] *Suprà*, n°s 272 et 273.
[7] Art. 1307, C. civil.
[8] Peckius, *De jure sistendi*, ch. 4, n° 9. Il cite Bartole, Balde, Paul de Castro.
[9] L. *Debitor*, D.. *de reb. signif.*
[10] Jousse sur l'ordonn. de 1667, tit. 34, art. 8, note 3. *Suprà*, n° 384.

n'aient eu pour cause des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage [1].

SOMMAIRE.

388. Les signataires de lettres de change, quels qu'ils soient, s'obligent par corps.
389. Mais pour cela il faut que la lettre de change ne soit pas factice.
390. Objections contre la disposition de notre article qui soumet à la contrainte par corps les non-négociants signataires de lettres de change sincères.
391. Réponse à ces objections.
392. Suite. Examen d'un amendement proposé par la chambre des pairs et non admis.
393. Suite.
394. Suite.
395. Suite.
396. Suite. Utilité de la lettre de change pour les non-négociants.
397. C'est au souscripteur à prouver que la lettre de change n'est pas sincère.
398. Mais la loi aurait été déraisonnable si elle l'eût tenue pour fictive de plein droit.
399. Elle aurait enlevé par le fait aux non-négociants les avantages de la lettre de change.
400. Il n'est pas vrai de dire que la contrainte par corps n'entre pas en considération dans le commerce.
401. Il n'est pas vrai de dire non plus que le commerce n'use pas de la contrainte par corps.
Conclusion.
402. Des endossements de lettres de change faits par les particuliers.
403. Suite.
404. De l'aval apposé à une lettre de change par un non-négociant.
405. Des billets à ordre souscrits par les non-négociants.
406. *Quid* lorsque le non-négociant a pris faussement la qualité de négociant ?
407. Suite.
408. Que doit-on décider à l'égard des tiers porteurs trompés par la qualité de négociant prise faussement ?

COMMENTAIRE.

388. On a vu tout à l'heure, *suprà*, n° 367, que la souscription d'une lettre de change par un individu qui n'est pas négociant soumet le débiteur à la contrainte par corps. La création d'une lettre de change est un acte de commerce ; elle met dans la circulation une valeur commerciale, destinée à avoir le cours de la monnaie. Un intérêt public s'attache à la solidité de cette valeur et exige de puissantes garanties de celui qui l'offre à la confiance des tiers. Le signataire, quel qu'il soit, commerçant ou non, s'engage donc par corps.

389. Ce n'est que lorsque la lettre de change souscrite par le non-négociant est factice, d'après les articles 112 et 637 du Code de commerce, qu'alors le souscripteur échappe à cette voie de rigueur. L'acte, dépouillé de son caractère apparent, cesse d'être commercial ; il est civil par le fond. Le débiteur n'a choisi la forme de la lettre de change que pour aliéner volontairement sa liberté, pour faire par une voie détournée ce que la loi lui défend de faire par la voie directe. En réalité, c'est un prêt étranger à toute opération commerciale, à toute opération de change, à toute remise de place en place. Le créancier ne peut exercer la contrainte par corps [2].

390. Telle est la règle, telle est l'exception.

Lors des débats qui précédèrent de près ou de loin la loi de 1832, des réclamations s'élevèrent contre cet état de choses. On prétendit que les tribunaux de commerce se faisaient un système d'écarter toutes les preuves de nature à démontrer la simulation des lettres de change souscrites par les non-commerçants [3] ; que, par suite de cette affectation, une foule de particuliers se trouvaient frappés de prise de corps pour des actes qui n'avaient qu'une apparence commerciale sans sincérité ; qu'on trouvait dans les prisons moins de négociants que de propriétaires, de rentiers, d'anciens militaires, d'étudiants, d'hommes de lettres, d'ouvriers, incarcérés pour de prétendus faits de négoce ou de prétendues lettres de change qui ne constituaient aucune opération de change, qui n'étaient que des moyens de crédit et des soumissions volontaires à la contrainte par corps [4] ; que par là le but de la loi était manqué ; que la contrainte par corps, étendue ainsi au hasard, était devenue une rigueur arbitraire, injuste, inutile au commerce [5] ; car le commerce n'a rien à démêler avec ces lettres de change qui n'ont de commercial que l'apparence, qui recèlent sous de trompeuses énonciations des prêts usuraires, et qui n'offrent d'utilité qu'à ces sangsues dont l'âpreté dévore le fils de famille,

[1] Voy. loi du 15 germinal an VI, tit. 2, art. 1er, n° 40.

[2] Lyon, 6 décembre 1845 (Dall., 46, 2, 117) ; Merlin, *Répert.*, v° *Lettre de change*, t. 16, § 2, n° 2 *bis*.

[3] Loubens et Bourbon-Leblanc, *De la contrainte par corps*, p. 107, 235 note, 237.

[4] Bayle-Mouillard, p. 191, 204, 222, 225, 226. Loubens et Bourbon-Leblanc, *loc. cit.*, p. 235.

[5] *De la contrainte par corps*, par Loubens et Bourbon-Leblanc, p. 107, 120. *Moniteur* de 1829, p. 740 et 744, discours de MM. de Broglie et Barante.

le pauvre habitant des villes ou des campagnes, les malheureux débiteurs inexpérimentés [1].

391. Ces plaintes me paraissent toucher à la déclamation. Les art. 112 et 637 du Code de commerce ouvrent toutes facilités au souscripteur pour prouver que sa lettre de change contient des suppositions qui lui enlèvent sa valeur commerciale; qu'il n'y avait pas remise de place en place; qu'il y a eu supposition de lieux; que le tiré n'était ni le débiteur, ni le correspondant de lui, souscripteur; qu'il lui a faussement donné des qualités dont le bénéficiaire connaissait l'inexactitude; qu'il savait bien que le lieu du payement du billet n'était désigné que fictivement; qu'il était convenu que la lettre reviendrait à protêt et serait payée au domicile du débiteur [2], etc., etc. Mais c'est à lui à faire cette preuve; il le peut, et je n'admets pas que les tribunaux de commerce se soient jetés dans la voie rigoureuse et illégale qu'on leur reproche. Ni les tribunaux inférieurs, ni les cours royales appelées à réformer leurs erreurs, n'ont eu pour la loi ce dédain calculé. Les cours savent à merveille que les articles 112 et 637 du Code de commerce ont eu pour but d'adoucir la loi de l'an VI, qui, sans faire de distinctions naturellement indiquées par la qualité des personnes, semblait étendre la contrainte par corps à tout signataire quelconque de lettre de change. Les arrêts, au contraire, ont toujours eu des scrupules consciencieux pour ne pas confondre avec la lettre de change véritable de simples mandats [3], de simples billets à domicile qui ne renferment pas des remises de place en place [4], de simples promesses cachées sous de fallacieuses énonciations [5]. Seulement, tant qu'il n'y a pas eu de preuve du mensonge, tant que rien n'a été allégué ou établi pour infirmer le contenu de la lettre de change, les tribunaux ont dû déférer à la forme extérieure; l'acte a eu pour lui la présomption de sincérité; la provision lui a appartenu. Il est vrai que la philanthropie aurait voulu que, dans une matière qui engage la liberté, les tribunaux se missent au-dessus des preuves [6]. Mais les tribunaux sont enchaînés par le devoir. Ils ne sacrifient pas la justice et le droit aux vaines et capricieuses inspirations du sentiment!

Qu'on ne dise donc pas que la loi couvre de sa protection la lettre de change simulée à l'égal de la lettre de change véritablement commerciale [7]. C'est le contraire qui est vrai; la loi énonce en propres termes que la contrainte par corps ne doit pas être prononcée pour la lettre de change imaginaire [8], pour ces lettres de change qui supposent des lieux et des domiciles fictifs [9], pour ces lettres de change qui, étrangères à tout négoce, à toute opération de commerce, à toute idée de change ou de remise de place en place, ne sont que des prêts civils déguisés [10].

392. La commission de la chambre des pairs avait proposé de supprimer ces expressions : ***réputées simples promesses aux termes de l'article* 112 *du Code de commerce.*** Il semble que par là elle voulait donner satisfaction aux plaintes que nous avons rappelées, et enlever à la lettre de change son caractère commercial entre toutes personnes. C'était réaliser le vœu de Jacquinot-Pampelune, qui, dans sa proposition de 1828, demandait que la lettre de change souscrite par un non-négociant ne fût considérée comme commerciale qu'autant que le porteur prouverait que la signature a eu pour cause de véritables opérations de commerce ou de change. Jacquinot-Pampelune partait de cette idée : les lettres de change souscrites par des non-négociants n'intéressent pas le commerce; le commerce ne veut pas de ces signatures inconnues qui n'ont aucun crédit; il les repousse; elles n'ont pas cours auprès de lui. Elles ne servent de garantie qu'aux usuriers; la suppression de la contrainte par corps, en pareil cas, n'atteindra donc que l'usure, et ce résultat sera heureux; car l'usure n'osera plus risquer les capitaux dont elle fait un si désastreux usage. Que si, par hasard, un particulier fait une opération de change et de remise de place en place, sérieuse, loyale, incontestable, le porteur aura la faculté de prouver que la lettre de change a eu pour cause cet acte de commerce. Tous les intérêts seront ainsi ménagés.

393. Cette proposition de Jacquinot-Pampelune, cet amendement de la commission de la chambre des pairs, pouvaient s'autoriser d'un précédent admis dans l'ancienne jurisprudence. Les lettres de change souscrites par les ecclésiastiques, quoique revêtues de toutes les formes légales, étaient toujours réputées avoir été, dans l'intention des parties, de simples rescriptions. La qualité du tireur enlevait à l'acte son caractère commercial; il restait acte civil [11].

Mais cette exception, fondée sur la sainteté du ministère ecclésiastique, n'était pas étendue aux autres professions; la règle de l'ancien

[1] Jacquinot-Pampelune, propos. de 1828.
[2] Pothier, *Change*, n° 56.
[3] Cass., 8 janvier 1812 (D., t. 12, p. 417); Palais, 1812, t. 2, p. 17, et *Pasicrisie*.
[4] Colmar, 14 janvier 1817 (Dall., t. 12, p. 415, et *Pasicrisie*.
[5] Lyon, 6 décembre 1845 (Dall., 46. 2. 117)
[6] Loubens et Bourbon-Leblanc, p. 258.
[7] Bayle-Mouillard, p. 235.
[8] Art. 637, C. de comm. Art. 112, C. de comm. Art. 3 de la loi du 17 avril 1832.
[9] Art. 3 précité; art. 112, C. de comm.
[10] *Id.*, et art. 637, C. de comm.
[11] Pothier, *Contrat de change*, n° 27. Savary, t. 2, parère 19.

droit était que toutes personnes, même les non-marchands, pouvaient intervenir dans la création et la négociation des lettres de change, et que par là les souscripteurs se soumettaient sans distinction à la juridiction consulaire et à la contrainte par corps [1]. Il arrive tous les jours que des particuliers ont à faire des remises d'argent de place en place; il ne faut donc pas leur enlever les avantages que procure la lettre de change pour effectuer cette opération. Mais aussi, dès l'instant qu'ils en ont les avantages, il n'est pas juste qu'ils n'en subissent pas les obligations rigoureuses. De là les dispositions de l'ordonnance de 1667 contre les souscripteurs non négociants de lettres de change. De là les dispositions de l'article 632 du Code de commerce, qui n'en sont que la reproduction.

394. Ceci posé, était-il bon, était-il logique de renverser l'ordre de présomptions admis par l'ancien droit et par le Code de commerce, ainsi que le proposaient Jacquinot-Pampelune et la chambre des pairs?

La loi de 1832 ne l'a pas pensé; elle a eu raison. Je laisse de côté ce motif, qui n'est pas cependant sans valeur, savoir : le danger de bouleverser un ordre d'idées reçu depuis des siècles et consacré par l'expérience. Je m'attache à ceci : n'est-il pas vrai que toute remise de place en place constitue une opération commerciale [2]? N'est il pas vrai que tout contrat de change, quelle que soit la qualité des personnes, est un contrat commercial? Eh bien! voilà cette remise de place en place, voilà le contrat de change prouvés par la lettre de change et par la signature non contestée du souscripteur. Voilà ce souscripteur non négociant qui a déclaré qu'il avait fait une opération de change, une remise de place en place. Que faut-il de plus? Le fait commercial n'est-il pas suffisamment attesté? n'y a-t-il pas là tout ce que la justice est accoutumée à croire et à respecter?

395. Non! dit la commission de la chambre des pairs après Jacquinot-Pampelune. Nous prétendons que cette déclaration du souscripteur non négociant doit être tenue de plein droit pour simulée. Par cela seul qu'il y a des non-négociants en grand nombre qui se servent de la lettre de change pour cacher sous ce contrat imaginaire la réalité d'un simple prêt, il faut, d'une manière absolue, tenir pour suspectes toutes les lettres de change souscrites par des non-négociants; il faut les réduire à l'état de rescription.

Ainsi, la loi, qui ne veut pas qu'on suppose facilement la fraude, l'erigerait ici en droit commun! elle anéantirait sans preuves l'autorité d'une signature! elle infirmerait, de sa pleine science et puissance, la foi due à une déclaration librement écrite et apposée au pied d'un acte respectable! Quoi donc! parce que des imprudents ont abusé d'un contrat licite, est-il juste d'énerver l'usage utile qu'en tire une pratique plus sage et mieux avisée? Englobérons-nous dans les mêmes préventions juridiques toutes les lettres de change souscrites par des non-négociants, celles qui sont sincères et celles qui ne le sont pas? Infligerons-nous l'humiliation d'un doute, la honte d'une défiance, aux souscripteurs loyaux qui ont coutume de prendre la bonne foi pour règle de leurs actions et dont la parole mérite toute créance?

396. Pour qu'un acte soit tenu pour suspect de plein droit, l'expérience doit prouver qu'il est dans sa nature de cacher des fraudes; tels sont, par exemple, les actes d'aliénation à titre gratuit faits dans les dix jours qui précèdent la faillite [3]. Mais qui osera dire qu'il est dans la nature des lettres de change, souscrites par des non-négociants, de colorer des emprunts et de prêter un masque trompeur à des usures? On parle beaucoup de quelques cas de dissimulation qui ont trompé les prévisions de la loi; mais on pourrait citer un bien plus grand nombre d'exemples de lettres de change sincères, mises au service de non-négociants pour leurs affaires domestiques et la gestion de leur patrimoine. Celui-ci a à recevoir à Lyon le loyer de ses maisons, et il a besoin de son argent à Paris où il habite. Son banquier va le lui remettre contre une lettre de change payable sur Lyon. N'est-ce pas là ce qui arrive tous les jours? n'est-ce pas ce qui arrivera de plus en plus à mesure que la centralisation amènera dans la capitale des hommes riches et désireux de ses jouissances? Celui-là est en voyage; il arrive à Marseille et va se faire donner des fonds par son correspondant moyennant une lettre de change payable sur Nantes, lieu de sa résidence. Est-ce là un cas imaginaire? Plus la facilité des communications donnera de mouvement aux populations, plus ces contrats ne deviendront-ils pas fréquents, journaliers? Je pourrais allonger le chapitre de ces citations; mais je parle à des lecteurs intelligents; ils suppléeront à ce que je n'ai pas le temps de détailler davantage.

397. Il y a donc un besoin pour les non-négociants d'avoir à leur disposition l'usage de la lettre de change, et il est faux d'imprimer aux lettres de change souscrites par eux une présomption de prêt simple.

Partant de là, la loi a dû, comme elle l'a fait, présumer la sincérité de l'acte; elle a dû reporter sur ceux qui allèguent la fraude ou la simulation l'obligation de la prouver. Tout ce

[1] Pothier, *loc. cit.*, nos 24 et 124; ordonn. de 1667, tit. 34, art. 4.

[2] Art. 632, C. de comm.

[3] Art. 446, C. de comm.

que peuvent espérer les souscripteurs qui se plaignent d'être victimes de la surprise et du dol. et d'avoir été entraînés par leur faiblesse, c'est la permission de démontrer que l'acte a une couleur menteuse. Or, la loi la leur accorde [1]. Sans doute, à l'égard des tiers de bonne foi, étrangers à la simulation des parties contractantes, le souscripteur ne sera pas recevable à opposer son dol [2]. Il ne saurait trouver un refuge dans sa propre turpitude et tourner contre les tiers le mensonge dont il les a rendus victimes. Mais, entre les parties contractantes, rien de plus avéré que le droit de prouver la simulation. La loi commerciale admet toutes les présomptions, tous les indices.

398. Maintenant, quelle justice y aurait-il à exiger du porteur une preuve supplétive de la sincérité de la lettre de change? L'acte est entre ses mains et parle hautement et clairement; il n'a rien à y ajouter. Toutes les présomptions ordinaires sont en sa faveur; on n'a pas le droit de le mettre hors du droit commun. Tant que la partie adverse n'a pas prouvé la simulation, il reste fondé en titre. La justice et l'équité sont de son côté.

399. Sinon les capitalistes et les banquiers, dont les particuliers peuvent avoir besoin, ne voudraient plus contracter avec ces derniers. Ils refuseraient leur confiance à des personnes privilégiées contre le crédit. L'excès de protection tournerait contre les protégés.

400. A la vérité, on objecte que ce n'est pas à cause de la contrainte par corps que les capitalistes accordent leur crédit aux particuliers, mais à cause de la solvabilité connue de ceux ci; qu'ils ne manquent pas de le refuser aux inconnus dont la solvabilité est ignorée, malgré les soumissions les plus éclatantes à la contrainte par corps.

Je réponds que si la perspective de la contrainte par corps n'est pas de nature à profiter aux seconds, elle ne nuit pas aux premiers. Le crédit veut aller à coup sûr. L'abondance de garanties l'excite et l'encourage, et comme les opérations de commerce marchent trop vite pour avoir ordinairement le cortége de garanties réelles, il est bon qu'une forte garantie personnelle leur serve d'escorte [3]. Un débiteur passe pour honnête aujourd'hui; qui sait s'il ne trompera pas demain l'opinion publique? Comment sonder sa conscience et répondre de lui jusqu'au bout? On a vu plus d'une fois de ces tristes changements porter l'étonnement dans les esprits et jeter le trouble dans les fortunes. Mais, quand un homme a engagé son patrimoine et sa liberté dans une affaire, il y a plus de certitude qu'il restera en réalité ce qu'il est en réputation.

401. J'ai entendu dire : « Le vrai commerce n'use pas de la contrainte par corps; il laisse ce moyen odieux aux usuriers de profession. Est-ce pour venir au secours de ces derniers que la loi a été inventée? »

Je puis affirmer que les banquiers les plus honorables sont loin de reculer devant l'emploi de la contrainte par corps. Le fils d'une personne de ma connaissance avait pris de l'argent chez un estimable banquier de Paris. Il avait souscrit une lettre de change payable chez son correspondant en province. A l'échéance, la lettre de change fut protestée, et le jeune homme, saisi par le garde du commerce, me fit prier de passer chez le créancier pour faire valoir auprès de lui la position de sa famille et d'autres graves considérations. Je m'empressai de faire cette démarche. Mais le banquier de Paris me répondit avec un inaltérable sang-froid que *c'était une mesure administrative* dont il était impossible à sa maison de se départir. Le père se résigna à payer pour faire cesser la *mesure administrative*. Probablement, sans la contrainte par corps, le banquier aurait été forcé d'attendre son payement encore longtemps.

Je pense donc qu'il y a de très-bonnes raisons pour motiver le refus fait par la loi nouvelle de prendre à son compte le système de Jacquinot-Pampelune et de la commission de la chambre des pairs. La loi est dans les principes et dans le vrai; elle a fait avec justice la part de la règle et la part de l'exception. Que ceux qui ont intérêt à se mettre dans l'exception usent des moyens que la loi leur fournit pour s'y colloquer.

402. Nous venons de parler de la souscription des lettres de change. Mais, outre la confection d'un tel acte, il y a l'endossement des lettres de change qu'un particulier peut faire. Cet endossement suit la nature de la lettre de change [4]. Il est constant, en droit commercial, que la négociation d'une lettre de change, par quelque personne qu'elle soit faite, est un acte de commerce. Quiconque intervient dans la négociation d'une lettre de change par endossement, participe à un acte de commerce [5], à un commerce d'argent.

Supposons que mon correspondant de Marseille m'envoie à Nancy, où j'ai mon domicile, une lettre de change sur Paris, pour me payer du montant des loyers de maisons que je possède dans la première de ces villes; si je passe cette lettre à l'ordre du receveur général de la

[1] Voy. les arrêts rapportés par Dalloz, *Table alph.*, v° *Effet de commerce*, n°s 97 et suiv.

[2] Merlin, *Répert.*, t. 16, v° *Lettre de change*, p. 659. Sa discussion est victorieuse. Les arrêts les plus nombreux et les plus imposants confirment cette opinion.

[3] *Suprà*, n°s 349 et 354.

[4] *Suprà*, n° 368, les arrêts cités.

[5] Pothier, *Lettre de change*, n° 27.

Meurthe, je m'oblige envers lui par corps, bien que je ne sois pas négociant. Toutes les raisons qui font considérer la lettre de change comme un acte de commerce entre toutes personnes militent avec une égale force pour attribuer ce caractère à l'endossement dont nous venons de donner un exemple. Il y a de ma part contrat de change; il y a remise de place en place.

403. Mais l'endossement ne s'opère pas toujours dans les mêmes circonstances. *Puta :* j'habite Paris où je vis en rentier. Mon correspondant de Bordeaux m'envoie le montant de mes loyers en une lettre de change à trente jours de vue sur le trésor. Ayant besoin d'argent, je me fais escompter ce billet par François, banquier de Paris, à l'ordre duquel je le transmets. Ici, les fonds que je reçois du banquier sont échangés à Paris contre des fonds existant à Paris. Entre mon banquier et moi il n'y a pas de remise de place en place. Serai-je dès lors engagé par corps par suite de mon endossement?

Sans aucun doute, et c'est à tort que l'on s'est étonné de ce résultat [1]. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait remise de place en place pour que l'endossement constitue un acte de commerce. Par cela seul qu'il renferme un commerce d'argent, il tombe sous le coup de la contrainte par corps. Or, le commerce d'argent se montre avec évidence dans notre espèce. Je me suis fait céder l'argent de Paris pour le céder à un autre. Il y a eu achat pour revendre. Il n'en faut pas davantage pour que j'aie fait un acte qualifié commercial par l'article 632 du Code de commerce.

404. L'aval apposé sur une lettre de change par un non-négociant équivaut à un acte de commerce et en produit les effets. Il soumet le donneur d'aval aux mêmes obligations que le tireur et les endosseurs [2], et l'article 142 du Code de commerce le déclare tenu par les mêmes voies [3]. En prenant la forme d'aval pour cautionner l'obligation, le fidéjusseur s'est soumis formellement à la contrainte par corps [4], tout aussi bien que s'il s'y était soumis par une déclaration expresse. *Eadem vis est expressi ac taciti.*

405. Les billets à ordre souscrits par des non-négociants n'entraînent la contrainte par corps qu'autant qu'ils ont pour occasion des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage [5]; ils ne sont pas présumés actes commerciaux [6]. Les tribunaux, qu'on accuse, avec si peu de raison, de partialité contre les souscripteurs non commerçants d'effets négociables, leur ont toujours fidèlement maintenu le caractère d'actes civils. Par exemple, lors même que le billet est souscrit *valeur reçue en marchandises*, il a été jugé que ce billet n'est pas un effet commercial; car tout ce que l'énonciation indique, c'est que des marchandises ont été livrées et reçues; mais il n'en résulte pas que les marchandises ont été reçues pour être revendues et pour une opération de commerce [7].

406. Il arrive souvent que, pour se procurer du crédit, un non-négociant prend le parti extrême de se soumettre à la contrainte par corps, et se donne la qualité de négociant dans son billet à ordre. Cette énonciation fait-elle planer sur le billet la présomption d'effet à ordre commercial?

Oui, sans doute, si l'on prend les choses *prima fronte*. Oui, sans doute [8], tant que celui qui a pris imprudemment une qualité mensongère n'en a pas démontré la fausseté; les tribunaux ne peuvent deviner la vérité des faits. Il faut que les parties intéressées les mettent à même de la découvrir [9].

407. Mais, notons-le bien, cette présomption n'est pas juridique; elle peut être détruite par la preuve contraire, et le souscripteur peut prouver qu'il a une profession civile; qu'il est notaire, avocat, médecin, étudiant, militaire, etc., etc., et que l'affaire dont le billet est l'occasion est une affaire non commerciale [10]. S'il réussit dans cette preuve il échappera à la contrainte par corps, et les tribunaux le sauveront de son imprudence [11].

408. Y échappera-t-il à l'égard des tiers porteurs de bonne foi qui auront fait confiance à sa signature et auront cru à la qualité de négociant hautement prise par lui?

La négative me semble certaine [12]. Le souscripteur a commis un dol envers les tiers; il

---

[1] Bayle-Mouillard, p. 221 et 222.

[2] Art. 142. C. de comm. Mon comm. du *Cautionnement*, n° 234.

[3] Mon comm. du *Cautionnement*, n° 524.

[4] Arg. de l'art. 2060, § n° 5, C. civil. *Suprà*, n° 150.

[5] Art. 636 et 637. C. de comm.

[6] *Suprà*, n°s 369 et 370

[7] Angers, 11 juin 1824; *Pasicrisie*, à cette date. Lyon, 26 février 1829; *ib.* Paris, 17 septembre 1828; *ib.* Paris, 10 décembre 1829; *ib.* Voy. surtout un arrêt de Bastia du 29 janvier 1833; *ib.*

[8] Cass., 7 mars 1821; *ib.*

[9] C'est en ce sens que je prends un arrêt de Paris du 28 juin 1813 (Dall., t. 4. p. 343; *Pasicrisie*, à sa date; Palais, 1814, t. 1, p. 144); un arrêt de cassation du 7 mars 1821; *Pasicrisie*.

Et je ne pense pas qu'il faille leur donner la portée que leur donnent les notices des arrêtistes. Ces notices vont trop loin en pensant que ces arrêts excluent la preuve contraire.

[10] Turin, 20 mai 1807 (Dall., t. 4, p. 342), et *Pasicrisie*. Liége, 28 août 1811 (Dall., t. 4, p. 343), et *Pasicrisie*. Cass., 15 mai 1815; *Pasicrisie*, à cette date.

[11] Coin-Delisle, p. 90, n° 2.

[12] Coin-Delisle, *loc. cit.*, p. 90, n° 3. Mais surtout il faut voir Merlin, t. 16 du *Répert.*, v° *Lettre de change* p. 630; la discussion est complète.

ne peut alléguer contre eux son propre mensonge. Ce n'est qu'à l'égard du bénéficiaire du billet, complice de sa fausse allégation, qu'il sera fondé à décliner la qualité de négociant ; mais, au respect des tiers, le crédit exige qu'il la garde.

Article 4.

La contrainte par corps, en matière de commerce, ne pourra être prononcée contre les débiteurs qui auront commencé leur 70e année [1].

SOMMAIRE.

409. Des septuagénaires non commerçants.
410. Des septuagénaires commerçants. Sous l'ordonnance de 1667, ils sont exempts de la contrainte par corps;
411. Mais non pas par la loi du 15 germinal an VI.
412. Le Code de proc. les laisse sous l'empire de la contrainte par corps.
413. Une réforme était nécessaire.
414. L'art. 4 de la loi de 1832 l'a réalisée.
415. Suite.

COMMENTAIRE.

409. L'article 2066 du Code civil exempte la vieillesse des rigueurs de l'emprisonnement [2]. L'homme qui a atteint sa soixante et dixième année ne doit pas terminer dans la rude épreuve de la contrainte par corps le reste d'une vie dont la Providence lui fait grâce. Le stellionat est, en matière civile, le seul cas où la contrainte par corps puisse conduire en prison le débiteur arrivé à l'âge de la caducité. Le stellionat est une œuvre de malice; il est un délit civil ; la contrainte par corps semble prendre ici quelques-uns des caractères de la peine; elle se justifie plutôt comme pénalité que comme épreuve de solvabilité.

410. Mais le privilége de l'âge, qui, dans les cas ordinaires, arrête en faveur du septuagénaire l'exercice de la contrainte par corps, existe-t-il dans les matières commerciales comme il existe dans les matières civiles?

Sous l'empire de l'ordonnance de 1667, il était de jurisprudence que les septuagénaires étaient exempts de la contrainte par corps pour obligations commerciales [3].

411. La loi du 15 germinal an VI fut rendue sous d'autres impressions; on voulait « rétablir » dans les obligations entre citoyens la sûreté » et la solidité qui seules peuvent donner au » commerce français la splendeur et la supério» rité qu'il doit avoir [4]. » On n'exempta donc pas les commerçants septuagénaires de la contrainte par corps [5]; on les traita comme le droit civil traitait les septuagénaires stellionataires; on assimila au stellionat ce manquement à un engagement commercial. Cette vérité a été démontrée par Merlin [6] avec la plus grande force, et ceux qui ont critiqué sa dissertation [7] se sont signalés plutôt comme philanthropes que comme jurisconsultes façonnés à l'interprétation des lois [8].

412. Lorsque le Code de procédure civile fut publié, l'article 800, qui fait cesser l'emprisonnement alors que le débiteur a commencé sa soixante et dixième année, fit renaître la question. On demanda si cette disposition n'était pas applicable aux matières commerciales comme aux matières civiles. Mais c'était, encore une fois, une tentative plus philanthropique que légitime pour échapper à la loi du 15 germinal an VI. Merlin intervint; il rappela les faits; il montra la combinaison des textes ; il prouva que la partie de la loi de l'an VI qui est relative à la contrainte par corps commerciale n'était pas plus entamée par le Code de procédure civile qu'elle ne l'avait été par le Code civil; et un arrêt de la cour de cassation, du 10 juin 1807, rendu sur ses conclusions, décida que l'article 800 du Code de procédure civile ne déroge pas à l'article 2070 du Code civil qui maintient le titre 2 de la loi du 15 germinal an VI, lequel soumettait les septuagénaires à la contrainte par corps en matière de commerce [9]. Cette jurisprudence devint universelle ; elle ne fut plus contestée dans les tribunaux. On ne la révoqua en doute que dans la

---

[1] Voy. 15 germinal an VI, tit. 1er, art. 5; 6 brumaire an XII.
[2] *Suprà*, no 291, et *infrà*, nos 625 et 658.
[3] Merlin, *Rép.*, vo *Contrainte par corps*, p. 72, no 20 ; et *Quest. de droit*, vo *Contr. par corps*, § 10.
[4] Préambule de la loi.
[5] Art. 2, tit. 2. comparé avec l'art. 5, tit. 1. Dall., t. 6, p. 401, 405 et suiv.
[6] *Répert.*, vo *Contrainte par corps*, p. 72, no 20. Carré, no 2734 (édit. Chauveau).
[7] Loubens et Bourbon-Leblanc, p. 187.
[8] Voy. avis du conseil d'État du 6 brum. an XII.
[9] Merlin, *loc. cit.* Carré, *loc. cit.* Dalloz, t. 3, p. 401, 405 et suiv.

polémique destinée à émouvoir le législateur, et dans ces discussions plus politiques que juridiques où la préoccupation de ce qui devrait être ne permet pas toujours de bien voir ce qui est [1].

413. Toutefois, dans le domaine des réformes utiles, on pouvait désirer que la loi du 15 germinal an VI fût adoucie. Tout en convenant que la jurisprudence était restée fidèle à son esprit et à son texte lorsqu'elle avait refusé au débiteur commerçant le privilége de la vieillesse, il était permis de demander au législateur un adoucissement que les tribunaux ne pouvaient pas accorder. Tel était le point de vue de Jacquinot-Pampelune dans sa proposition du 12 juillet 1828.

414. La loi du 17 avril 1832 s'est rendue à ce vœu. Par l'article 4 dont nous venons de retracer les précédents, il n'y a plus de différence entre le droit civil et le droit commercial en ce qui concerne les septuagénaires. L'unité de jurisprudence gagne à cette innovation; l'humanité y applaudit [2].

415. Elle ne passa pas cependant sans quelques difficultés. Le projet de loi proposait, en effet, de proroger jusqu'à l'âge de 72 ans la contrainte par corps à l'égard des signataires de lettres de change. Mais ce terme moyen entre le système de la loi de germinal an VI et celui de Jacquinot-Pampelune était sans aucune utilité pour le commerce, et il manquait à l'équité. Il ne prévalut pas.

Article 5.

L'emprisonnement pour dette commerciale cessera de plein droit après un an lorsque le montant de la condamnation principale ne s'élèvera pas à 500 fr.;

Après deux ans lorsqu'il ne s'élèvera pas à 1,000 fr.;

Après trois ans lorsqu'il ne s'élèvera pas à 3,000 fr.;

Après quatre ans lorsqu'il ne s'élèvera pas à 5,000 fr.;

Après cinq ans lorsqu'il sera de 5,000 fr. et au-dessus [3].

SOMMAIRE.

416. Des sommes pour lesquelles la contrainte par corps peut être prononcée en matière commerciale. Rappel du droit civil.
417. Suite. Droit antérieur à la loi de 1832 et relatif aux matières civiles.
418. La loi de 1832. *Minimum* de 200 fr. Renvoi aux nos 363, 361.
419. Autre amélioration introduite par la loi de 1832.
420. Tout emprisonnement en matière commerciale doit avoir une limite de temps. Le *maximum* est de cinq ans.
421. En dessous, il y a une échelle proportionnelle, qui varie suivant l'importance des sommes dues. Le *minimum* est d'un an.
422. Exemples de débiteurs opiniâtres qui aiment mieux rester en prison que de payer.
423. Objection contre la gradation adoptée par notre article, et réponse.
424. Pour calculer la somme à laquelle peut être attachée la contrainte par corps, il ne faut tenir compte que du principal.
425. Du cumul des différents chefs de condamnation. Renvoi.
426. Suite.

COMMENTAIRE.

416. On sait que, dans les matières civiles, la contrainte par corps ne peut être prononcée pour une somme moindre de 300 fr. [4]. Nous en avons dit la raison ailleurs [5]: lorsque la dette est minime, le sacrifice de la liberté serait hors de proportion avec le dommage souffert par le créancier. On suppose d'ailleurs que celui qui ne peut payer une dette modique est dans l'indigence; et il y aurait rigueur inutile à le soumettre à une épreuve de solvabilité dont le résultat est d'avance presque certain. Et puis, lorsque le capital dû est si minime que

---

[1] Loubens et Bourbon-Leblanc, p. 187.
[2] Voy. aussi l'article 6. *Infrà*, n° 427. Et l'article 18. *Infrà*, n° 532, en ce qui concerne les étrangers.
[3] Voy. loi du 15 germ. an VI, tit. 3, art. 18, 6°.
[4] *Suprà*, n° 280.
[5] *Loc. cit.*, et n° 361.

les frais de la contrainte par corps lo surpasseraient, c'est rendre service au créancier que de lui enlever dans ce cas un moyen de coaction dispendieux et dont l'exercice prendrait le caractère d'une vengeance.

417. Toutefois, avant la loi de 1832, il n'existait pas de disposition législative qui défendît d'emprisonner les débiteurs pour dettes commerciales modiques. Seulement, la jurisprudence de certains tribunaux de commerce, créant une limitation arbitraire, à défaut de limitation légale, ne prononçait pas la contrainte par corps pour les sommes au-dessous de 100 francs. Les créanciers avaient en général accepté cet équitable tempérament; car, bien souvent, ce n'était pas autre chose que leur refuser le droit de se constituer eux-mêmes en perte [1].

418. L'article 1er de la loi de 1832 a fixé à 200 francs le *minimum* de la contrainte par corps, assignant ainsi à la conscience du juge une limite légale. Nous avons vu *suprà* sa disposition [2]; il suffit d'y renvoyer.

419. Mais cette innovation n'est pas la seule dont on soit redevable à l'humanité du législateur de 1832. Lorsque la dette sera de 200 fr. et au dessus, combien de temps durera l'emprisonnement? Sera-t-il indéfini? L'équité n'exige-t-elle pas, au contraire, qu'il soit restreint dans sa durée? S'il doit être limité, fixera-t-on une durée uniforme sans distinction entre le plus ou moins de valeur du capital dû? Ou bien faudra-t-il varier la durée de la captivité d'après le plus ou moins d'étendue de la dette; de telle sorte que le débiteur d'un capital de 300 francs ne puisse être retenu sous les verrous aussi longtemps que le débiteur d'une somme de 3,000 fr.?

420. Sur le premier point, le sentiment universel s'était prononcé; de toute part on avait reconnu que le débiteur tombé dans l'insolvabilité ne pouvait être retenu sans injustice dans une captivité indéfinie. Le droit du Code civil, tel que nous l'avons exposé *suprà* [3], avec son emprisonnement sans autre limite que celle de l'âge septuagénaire, était taxé de rigueur outrée. On réclamait une réforme à cet égard [4]; il n'y avait donc pas d'apparence que l'on étendît au droit commercial une sévérité si peu en harmonie avec les idées dominantes. La loi de germinal an VI, qui fixait à 5 ans la durée de l'emprisonnement en matière commerciale [5], fut donc admise en principe et de nouveau consacrée en cette partie.

421. Mais on ne s'en tint pas là; on pensa que cette durée uniforme de cinq ans pour toutes les dettes de 200 fr. et au-dessus, sans distinction de leur plus ou moins d'importance, était contraire aux règles de la justice distributive [6]. On demanda une échelle proportionnelle, et cette idée, mise en avant pour la première fois par Jacquinot-Pampelune dans sa proposition de 1828, devint la règle du législateur de 1832. On vient de voir par le texte de notre article le système qui a été substitué à celui de la loi de germinal an VI. L'emprisonnement est gradué depuis un an jusqu'à cinq ans. Le maximum de cinq ans, adopté par la loi de germinal an VI, a été maintenu. On a pensé, en 1832 comme en l'an VI, que le terme de cinq ans est assez long, d'un côté pour forcer l'entêtement du débiteur si par opiniâtreté il se refuse à ouvrir son portefeuille, et de l'autre pour procurer au créancier toute la satisfaction qui peut être due à son droit de propriété [7]. Mais à ce maximum correspond, au degré inférieur de l'échelle, un minimum d'un an réservé pour les dettes moindres, minimum qui, trop faibles pour des obligations plus importantes, n'est pas trop dur pour celles auxquelles il s'applique. Entre ce maximum et ce minimum se trouve une progression croissante avec le chiffre de la créance. Pour la régler équitablement, on a tenu compte, d'une part, de l'intérêt du créancier et des garanties dues à son droit de propriété; de l'autre, des égards dont un débiteur malheureux doit être environné. Plus la dette s'élève, plus s'élève aussi la durée du temps d'épreuve qui fait présumer l'insolvabilité du débiteur. A mesure qu'on s'approche du minimum de 200 francs, on est plus porté à présumer que si le débiteur souffre la dure épreuve de la prison sans payer la somme modique dont il est redevable, c'est qu'il est dans l'impuissance d'y satisfaire. A mesure qu'on se rapproche d'un chiffre plus fort, on a droit de craindre que le débiteur ne s'obstine à cacher ses ressources afin de sauver son argent par le sacrifice volontaire de quelques années de liberté [8].

422. Après cinq ans, quel que soit le chiffre de la dette, la contrainte par corps s'arrête, ainsi que nous le disions tout à l'heure [9]. La loi savait bien cependant qu'il pourrait se rencontrer quelquefois un riche opiniâtre qui aimerait mieux passer cinq ans en prison que de payer son débiteur [10]. La croyance intime à l'injustice du créancier, l'animosité contre son

[1] Jacquinot-Pampelune, proposit. de 1828.
[2] Nos 363 et 364.
[3] No 43.
[4] *Infrà*, no 429, sur l'art. 7.
[5] *Suprà*, no 43.
[6] Jacquinot Pampelune, et, après loi, Bayle-Mouillard, p. 116, 117.
[7] Rapport du représentant Rossée au conseil des Anciens, 24 ventôse an VI.
[8] *Infrà*, no 435.
[9] No 420.
[10] On sait la conduite de M. Ouvrard. Cette conduite, si bizarre au premier coup d'œil, s'explique par la conviction où il était qu'il ne devait rien à son créancier apparent.

manque de foi, peuvent pousser à ce genre de vengeance. Mais ces exemples d'obstination sont si rares et si singuliers qu'ils n'ont pas dû entrer dans les prévisions du législateur.

423. Contre cette gradation calculée suivant l'importance de la dette, on pourra peut-être faire cette objection [1] : un homme honnête aura souscrit une lettre de change de 6,000 fr.; des revers l'empêchent de la payer; il ira passer cinq ans en prison. Au contraire, un rusé fripon se fera remettre de petites sommes par une foule de clients peu aisés; il devra 50,000 fr. à cinquante créanciers de 1,000 fr. chacun, et il en sera quitte pour deux ans de prison.

Il est certain, en effet, que l'article 27 de la loi du 17 avril 1832 peut conduire (en théorie du moins) à ce résultat regrettable, qui peut-être n'était pas dans la pensée de l'article 5. Mais la faute n'en est pas à la gradation introduite par l'article 5; la faute, s'il y en a, est dans la fin de non-recevoir créée par l'article 27 contre toutes les contraintes par corps provenant de créances contractées et échues au moment de l'élargissement [2]. Remarquez, toutefois, qu'en pratique il sera bien difficile que toutes ces créances appartenant à de si nombreux créanciers aient une même échéance qui permette d'appliquer l'article 27.

424. C'est le chiffre du jugement de condamnation qui sert de titre à la durée de la contrainte par corps; on ne s'enquiert que du principal. Le texte de notre article est formel à cet égard; il veut qu'on ne tienne aucun compte des intérêts courus depuis la demande et des frais [3]. Il marche d'accord avec l'art. 1er [4].

425. Si la condamnation comprend différents chefs distincts, on ne les cumulera pas. *Tot capita, tot sententiæ* [5]. Il faut s'aider du commentaire que nous avons donné de l'article 2065 [6].

426. Mais si les différents points réglés par le dispositif se rattachent à une même cause, alors il n'est plus permis de dire qu'il y a différents chefs qui ne s'ajoutent pas ensemble; au contraire, ce sont des parties inséparables d'une même condamnation, et il faut les additionner.

Supposez que Pierre ait vendu son fonds de commerce à Jacques pour 20,000 fr. payables en dix billets à ordre de 2,000 fr. chacun, et qu'il s'élève des contestations de différentes natures sur chacun de ces billets. En statuant sur toutes ces difficultés, le jugement ne sera pas censé contenir dix chefs distincts. S'il condamne à payer les dix billets, il n'aura fait que prononcer un seul jugement de condamnation pour une même cause et pour une même somme de plus de 5,000 fr. [7].

Article 6.

Il cessera pareillement (l'emprisonnement), de plein droit, le jour où le débiteur aura commencé sa 70e année [8].

SOMMAIRE.

427. L'âge de 70 ans prévient l'emprisonnement ou le fait cesser.

428. Rappel de l'ancienne jurisprudence.

COMMENTAIRE.

427. L'âge de soixante et dix ans est un obstacle à l'exécution des condamnations qui prononcent la contrainte par corps [9]. Mais ce n'est pas seulement comme fin de non-recevoir que le privilége de la vieillesse opère ici. Si le débiteur est incarcéré avant soixante et dix ans, son emprisonnement cesse de plein droit le jour où il commence sa soixante et dixième année [10]; son âge est une cause d'élargissement [11].

428. On se rappelle qu'avant la loi de 1832 il en était autrement; ceci est un adoucissement apporté par le législateur à une jurisprudence qui péchait par trop de sévérité [12].

---

[1] Coin-Delisle, p. 92, col. 2.
[2] *Infrà*, nos 575 et 584.
[3] *Secùs* d'après l'art. 2065, C. civ. *Suprà*, no 287.
[4] *Suprà*, no 364.
[5] Coin-Delisle, *loc. cit.*
[6] *Suprà*, nos 283, 284 et suiv.
[7] *Suprà*, no 285. Coin-Delisle, *loc. cit.*
[8] Voy. 15 germinal an VI, tit. 1er, art. 5.
[9] *Suprà*, no 414. Art. 4 de la loi du 17 avril 1832. *Infrà*, no 552, à l'égard des étrangers.
[10] *Suprà*, no 291, art. 2066, C. civ.
[11] *Suprà*, no 42.
[12] *Suprà*, no 419.

TITRE II.

DISPOSITIONS RELATIVES A LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE CIVILE.

SECTION PREMIÈRE.

CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE CIVILE ORDINAIRE.

Article 7.

Dans tous les cas où la contrainte par corps a lieu en matière civile ordinaire, la durée en sera fixée par le jugement de condamnation; elle sera d'un an au moins et de dix ans au plus.

Néanmoins, s'il s'agit de fermages de biens ruraux, aux cas prévus par l'article 2062 du Code civil [1], ou de l'exécution des condamnations intervenues dans le cas où la contrainte par corps n'est pas obligée et où la loi attribue seulement aux juges la faculté de la prononcer, la durée de la contrainte ne sera que d'un an au moins et de cinq ans au plus.

SOMMAIRE.

429. Transition. De la contrainte par corps dans les matières civiles.
Réformes opérées par la loi nouvelle.
430. D'après le Code civil, la contrainte par corps était indéfinie.
431. Il n'en est plus de même aujourd'hui. Pourquoi la contrainte par corps doit être temporaire.
432. Le jugement doit fixer la durée de la détention. Un an au moins, dix ans au plus.
433. Pourquoi dix ans dans les matières civiles, tandis que ce n'est que cinq ans dans les matières commerciales?
434. C'est que les cas dans lesquels le C. civ. prononce la contrainte par corps sont très-odieux.
435. Pourquoi, dans les matières civiles, la durée de la contrainte par corps ne varie-t-elle pas suivant l'importance de tel ou tel capital, comme dans les matières commerciales?
436. Suite.
437. Le maximum de dix ans est réduit à cinq ans dans les matières que voici :
438. 1° Ferme des biens ruraux;
439. 2° Cas où la contrainte par corps est facultative et non impérative.
440. Suite.
441. Suite.
442. Des jugements qui ont omis de fixer la durée de la contrainte.
443. Suite.
444. Suite.

COMMENTAIRE.

429. Le titre 2 de la loi du 17 avril 1832 s'occupe de la contrainte par corps en matières civiles. Il se divise en deux sections : matières civiles ordinaires; matières de deniers et effets mobiliers publics. Deux réformes étaient réclamées par les meilleurs esprits sur cette partie de la jurisprudence. Voici les satisfactions que la loi de 1832 leur a données. Suivons-la dans sa section première, qui est consacrée aux matières civiles ordinaires.

430. La loi du 15 germinal an VI avait fixé à cinq ans le maximum de la durée de la con-

[1] Voy. loi du 15 germinal an VI, tit. 1er, art. 4.

trainte par corps en matière civile [1]; mais le Code civil avait adopté un système plus sévère. Il voulait que la contrainte par corps fût indéfinie et qu'elle ne cessât qu'avec l'âge de soixante et dix ans du débiteur ou la lassitude du créancier.

431. La loi du 17 avril 1832 en est revenue au principe de la loi du 15 germinal an VI; en matière civile comme en matière commerciale, la contrainte par corps ne doit pas se prolonger indéfiniment au gré du créancier [2]. Quand un débiteur a passé un certain temps dans la captivité, on suppose que s'il ne paye pas, c'est que ses ressources sont épuisées; l'épreuve à laquelle il est soumis, et qui n'est qu'une épreuve de solvabilité, doit donc prendre fin; en se prolongeant, elle revêtirait un caractère pénal; elle donnerait à la contrainte par corps la couleur d'une torture inutile. Pour quelle raison plausible d'ailleurs la contrainte par corps en matière civile serait-elle perpétuelle, tandis que la contrainte par corps en matière commerciale s'évanouit toujours après cinq ans [3]?

432. Mais, en repoussant le principe de la loi de germinal an VI, la loi de 1832 l'a autrement organisée. Par l'article 18, titre 3, de la loi de germinal an VI, l'élargissement du débiteur avait lieu de plein droit au bout de cinq années consécutives de détention. Par la loi nouvelle, tout jugement portant contrainte par corps en matière civile doit fixer la durée de l'emprisonnement [4]. Cette durée sera d'un an au moins et de dix ans au plus; entre ce *minimum* et ce *maximum* les juges peuvent prendre le terme convenable indiqué par les faits de la cause et par le plus ou moins de mauvaise foi du débiteur [5].

433. Ici deux observations se présentent. Pourquoi la loi a-t-elle cru nécessaire de s'élever jusqu'à un maximum de dix ans, tandis que la loi de germinal an VI s'arrêtait à cinq années, durée qui est aussi le maximum de la contrainte par corps en matière de commerce? Le droit civil devra-t-il se montrer plus sévère que le droit commercial?

Ce n'est pas tout. La loi commerciale a pris soin d'échelonner elle même une progression ascendante d'après laquelle la durée de la contrainte par corps varie suivant l'importance de la dette. Pourquoi la loi civile n'a-t-elle pas suivi le même système? pourquoi a-t-elle donné au juge un arbitraire qu'elle a enlevé aux juges de commerce?

Voici la réponse à ces questions :

434. Sur le premier point, considérons que, dans le petit nombre de cas pour lesquels la loi civile autorise la contrainte par corps, il en est de très-coupables et de très-odieux, comme le stellionat, la violation du dépôt nécessaire [6], etc. Lorsque la mauvaise foi du débiteur se montre si insigne, il est juste que la contrainte par corps soit proportionnée dans sa durée à tant de perversité, et qu'elle puisse dépasser la mesure ordinaire de cinq ans. Plus le débiteur a mis de malice à commettre le délit civil, plus on suppose qu'il mettra de malice à cacher ses ressources. Au contraire, dans les rapports commerciaux dont le législateur s'est préoccupé, c'est le crédit qui le rend sévère bien plus que le délit du débiteur [7]; il est placé en présence de manquements qui accusent plutôt l'imprudence et la légèreté que le dol du débiteur [8].

435. Sur le deuxième point, il est facile de voir, d'après ceci, qu'une fixation légale, basée sur l'importance de tel ou tel capital, était impossible en matière civile. Qu'en serait-il résulté? C'est que le débiteur coupable d'une simple faute aurait été atteint aussi durement que le débiteur coupable de stellionat et d'un délit caractérisé? En matière de commerce, cet inconvénient disparaît. La loi, en attachant la contrainte par corps, sans distinction, à toutes les dettes commerciales, part de motifs qui sont les mêmes pour tous les débiteurs [9]. Quiconque manque à ses engagements est présumé coupable de cette haute imprudence, de cette lourde faute qui équivaut au dol. C'est d'ailleurs la cause du crédit que la loi commerciale défend avant tout, et quand un engagement ne s'accomplit pas, elle est plus soucieuse de porter remède à la perturbation qui en résulte que de peser le plus ou moins de démérite du débiteur.

436. Tout conduisait donc le législateur à suivre dans les matières civiles des règles autres que celles du droit commercial; il fallait s'en rapporter à la conscience du juge pour appliquer à chaque cas particulier la juste mesure que la loi ne pouvait fixer elle-même *à priori* et d'une manière absolue. Entre un et dix ans, le juge a une latitude suffisante pour être tour à tour indulgent et sévère suivant l'exigence des cas [10].

437. Au reste, il faut faire attention que ce *maximum* de dix ans n'existe pas dans toutes les hypothèses. Le deuxième paragraphe de

[1] *Suprà*, n° 43 et 420.
[2] Jacquinot-Pampelone, propos. de 1828.
[3] *Id.*
[4] *Infrà*, n° 442.
[5] Par le Code sarde la durée de l'emprisonnement est de 6 mois au moins et de 5 ans au plus, art. 2141. Par le C. du canton de Vaud, elle est de six mois au plus, art. 1555. En Prusse, le débiteur peut demander son élargissement au bout d'un an. Le juge en décide, art. 146.
[6] Art. 2060, *suprà*. Voy. *infrà*, n°s 439, 479.
[7] *Suprà*, n°s 347, 349, 354, 400.
[8] N°s 349, 354, 400.
[9] *Suprà*, n°s 347, 349, 354, 400.
[10] Voy. *infrà*, n° 479, pour les matières administratives de deniers publics.

notre article le réduit à cinq ans dans les circonstances que voici :

438. 1° Quand il s'agit de ferme de biens ruraux [1]; soit que la contrainte par corps qui a lieu en cette matière soit légale, soit qu'elle soit conventionnelle, le *maximum* de sa durée ne peut dépasser cinq ans. L'intérêt de l'agriculture explique tout à la fois la raison de la contrainte par corps en pareil cas, et la raison de la limite que le deuxième paragraphe de l'article 7 apporte à sa durée. C'est assez de cinq ans enlevés à un homme qui vit du travail des champs et dont les bras peuvent être encore utiles à l'agriculture. Une plus longue incarcération serait d'ailleurs trop cruelle pour celui qui a l'habitude d'une vie active, d'un air pur et d'un libre espace.

439. 2° Dans le cas où la contrainte par corps est facultative et non impérative pour le magistrat [2], ce dernier ne peut l'élever au-dessus de cinq ans. On sait que la loi s'en est quelquefois rapportée à la prudence du juge pour soumettre le débiteur à la contrainte par corps. Tel est le cas des dommages et intérêts, etc., etc., [3]. La loi n'a pas mis alors le juge dans l'obligation de prononcer la contrainte par corps s'il en est requis; elle l'a laissé maître d'examiner les circonstances, et de la refuser si le débiteur est plus imprudent que malicieux. Eh bien! alors même que le juge trouve dans le fait du débiteur la fraude et le dol, la condamnation à la contrainte par corps ne peut excéder cinq ans. La raison en est qu'il fallait faire une différence entre ces manœuvres frauduleuses qui restent dans la classe des délits communs, et celles dont le caractère est tellement odieux que la loi a dû les distinguer des autres. Tels sont, par exemple, le stellionat, la violation de dépôt nécessaire, dont on peut dire avec la loi romaine : « *Crescit perfidiæ crimen.* » Aussi sont-ils marqués d'un cachet extraordinaire, puisqu'à leur égard la contrainte par corps peut monter jusqu'à dix ans [4]. Mais lorsque la fraude est moins insigne, lorsqu'elle ne revêt pas ces caractères aggravants qui la font classer dans une catégorie pénale particulière, le juge ne doit pas la punir aussi sévèrement; il ne lui est pas permis de dépasser le maximum de cinq ans.

440. Tout ceci est clair, tant qu'on raisonne en comparant la contrainte par corps facultative avec la contrainte par corps obligatoire de par la loi. L'on comprend à merveille que l'article 7 ait donné à la seconde une durée plus grande qu'à la première. Mais lorsque la contrainte par corps, au lieu d'être impérative par le fait de la loi, n'est impérative que par suite d'une convention, l'article 7 est-il aussi facile à concevoir? La contrainte par corps purement conventionnelle doit-elle, parce qu'elle est obligatoire pour le juge, pouvoir s'élever jusqu'à dix ans, tandis que la contrainte par corps facultative prononcée contre un homme de mauvaise foi qui, par son dol, aura mérité des dommages et intérêts, ne pourra pas s'élever plus haut que cinq ans? Est-il juste et humain que la caution d'un contraignable par corps, qui s'est volontairement soumise à la contrainte par corps [5], passe dix ans en prison pour un manquement qui n'a rien de contraire à la bonne foi, tandis que l'homme qui, par sa malice, aura mérité de payer des dommages et intérêts, n'y passera que cinq ans au plus?

Ce point a embarrassé les interprètes de la loi du 17 avril 1832 [6]; ils se sont demandé si le cas de contrainte par corps volontaire de la part du débiteur ne devait pas être excepté de l'article 7; de telle sorte que cet article, en parlant de la *contrainte par corps obligée*, n'aurait porté sa pensée que sur la contrainte par corps dérivant immédiatement de la loi.

441. Mais ces doutes ne sont pas fondés. L'article 7 est général; son texte est explicite. Il ne limite la durée de la contrainte par corps de un à cinq ans que dans les cas où elle n'est pas obligée et où la loi attribue seulement aux juges la faculté de la prononcer. Or, lorsque le fidéjusseur se soumet à la contrainte par corps, la contrainte par corps est obligée. Elle est impérative pour le juge; elle n'est pas facultative. Elle est donc gouvernée par le § 1er de l'article 7; elle ne rentre pas dans l'exception prévue par le § 2 [7].

Ce qui fait que le législateur n'a pas été frappé des objections que nous avons relevées, c'est qu'il s'en est rapporté à la sagesse du juge pour user avec modération du maximum déterminé par le § 1er de l'article 7. Quel est le magistrat qui, sachant que le maximum de dix ans n'a été établi qu'en vue des fautes les plus graves, telles que le stellionat, la violation du dépôt nécessaire, etc., etc., irait l'appliquer au fidéjusseur de bonne foi qui, par pure bienfaisance, s'est hasardé dans un contrat au-dessus de ses facultés? Le législateur, en donnant l'arbitraire au juge, a supposé qu'il s'en servirait avec intelligence. Il a vu dans une pratique éclairée le remède facile à des inconvénients qui n'ont de gravité qu'en apparence, et qui, vus de près, se réduisent à de pures abstractions [8].

[1] *Suprà*, nos 194 et suiv.
[2] *Suprà*, no 45.
[3] Art. 126, C. proc. *Suprà*, nos 193, 214, 234, 237, 247, 248, 253.
[4] *Suprà*, no 434.
[5] *Suprà*, nos 144 et suiv., et no 211, art. 2060, § 5.
[6] Coin-Delisle, p. 93. Ginouvier sur l'art. 7, no 4.
[7] Voy. *infrà*, no 480, les cautions des comptables. Notez qu'elles sont contraignables par corps de plein droit et sans convention.
[8] *Infrà*, no 480. Mais là la caution est contraignable *ipso jure*.

442. Nous disions, au numéro 432, que le jugement de contrainte par corps doit nécessairement en fixer la durée. Mais quel sera le sort du jugement qui aura omis de statuer sur cette durée?

Il sera sujet à cassation [1]. C'est ce qu'a jugé la cour suprême par arrêt du 12 novembre 1838 [2]. Vainement dirait-on [3] que, dans le silence du jugement, la durée de l'emprisonnement est de plein droit le *minimum* fixé par la loi. La loi exige que le tribunal statue d'une manière formelle et en connaissance de cause sur la durée de la contrainte par corps. On ne saurait la faire résulter d'inductions et de raisonnements plus ou moins plausibles. Ce point de jurisprudence est, du reste, fixé désormais d'une manière définitive.

443. Mais comment procédera-t-on dans les cas où la contrainte par corps est exécutoire sans jugement [4]? Par exemple, nous avons vu ci-dessus [5] que la caution judiciaire est contraignable en vertu de son acte de soumission et sans qu'il soit besoin d'obtenir un jugement contre elle [6]. Pour sortir de cette situation, il faudra un jugement spécial pour fixer le temps de l'emprisonnement. Il n'y a pas moyen d'éluder la disposition de notre article.

444. J'ajoute que c'est au créancier qu'il appartient de faire fixer le temps de l'incarcération. Il n'aurait pas le droit de faire conduire son débiteur en prison sans ce préalable. Aujourd'hui qu'il n'y a plus de contrainte illimitée, il faut que le débiteur sache d'avance combien de temps il sera privé de sa liberté, sans quoi il manquerait quelque chose au titre du créancier.

SECTION DEUXIÈME.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE DE DENIERS ET EFFETS MOBILIERS PUBLICS.

Article 8.

Sont soumis à la contrainte par corps, pour raison du reliquat de leurs comptes, déficit ou débet, constatés à leur charge, et dont ils ont été déclarés responsables :

1° Les comptables de deniers publics, ou d'effets mobiliers publics, et leurs cautions ;

2° Leurs agents ou préposés, qui ont personnellement géré ou fait la recette ;

3° Toutes personnes qui ont perçu des deniers publics dont elles n'ont pas effectué le versement ou l'emploi, ou qui, ayant reçu des effets mobiliers appartenant à l'État, ne les représentent pas, ou ne justifient pas de l'emploi qui leur avait été prescrit.

Article 9.

Sont compris dans les dispositions de l'article précédent les comptables chargés de la perception des deniers, ou de la garde et de l'emploi des effets mobiliers appartenant aux communes, aux hospices, aux établissements publics, ainsi que leurs cautions, et leurs agents ou préposés, ayant personnellement géré ou fait la recette [7].

SOMMAIRE.

445. Des sommes dues au fisc. La contrainte par corps y est attachée de plein droit. L'intérêt public l'exige ainsi.
446. Antiquité de cette jurisprudence.
447. Mais elle ne s'applique pas aux particuliers débiteurs de l'impôt.

---

[1] *Suprà*, n° 45.
[2] Devill., 39, 1, 147.
[3] Coin-Delisle, p. 94, n° 5. Paris, 9 juin 1836 (Devill., 36, 2, 330).
[4] Voy. *suprà*, n° 331 et suiv.
[5] *Loc. cit.*
[6] Art. 519, C. proc.
[7] Voy. loi du 30 mars. 30 avril 1793, 9 ventôse an XIII ; loi du 15 germinal an VI, tit. 1er, art. 3.

448. La Conveotion, en abolissaot la contrainto par eorps, la maiotint pour les deuiors publics et nationaux.
449. Loi de germioal an vi.
450. Celte matière est plus administrative que jodieiaire.
451. Le Code civil a laissé en dehors de ses prévisions la eontrainte par eorps pour doniers publics. Raisons de ses rédaeteurs.
452. La loi de 1832 a vouln embrasser celte matière.
453. Mais e'est à tort qu'elle l'a placée sous la rubriqoe de la eootrainte par corps en matière eivile.
454. Pourqooi elle u'a pas eédé aux désirs de ceux qui demandaient l'abolition de la coutrainte par corpa en matière fiscale.
455. Des ciuq classes de débiteurs soumis à la contraiote par corps admioistrative :
1° Des complables des deniers et effets mobiliers publics;
456. 2° Des comptables des deuiers et effets mobiliers appartenaut aux établissemeots publics;
457. 3° De leurs cautions;
458. 4° Do leurs agents et préposés;
459. 5° Des débiteurs, en vertu de coolrats, de deniers oo effets appartenant à l'État ou à uo établissement public.
460. Suite. Nécessité d'une disposition spécialo poor ce cas.
461. Renvoi aux art. 10 et 11 pour d'aotres cas de coutraintes administratives.
462. Renvoi à l'art. 12 pour ee qui concerne les personnes privilégiées.
463. Renvoi pour la darée et le minimum des sommes.
464. Renvoi pour eo qui concerne l'exécotion.

COMMENTAIRE.

445. « En France aussy est observé que » toutes debtes de fisque sont payables par » corps, non seulement si c'est un officier nu » fermier, ou autre expressément obligé au » fisque, mais aussy par le simple maniement. » Ainsi ai-je appris du sieur Marillae, advocat » du roy en parlement, plaidant en l'audience. » Ce sont les paroles de Guy Coquille [1]. Ce point de droit a été formolé, en effet, dans les institutions coutumières de Loisel comme une règle incontestable : « Toutes debtes du » roy sont payables par corps [2]. » Il était déjà consacré du temps de saint Louis [3]. Car une ordonnanee de ce prince de 1256 [4], en abolissant la contrainte par corps dans ses domaines pour les dettes de ses sujets, la réserve expressément pour les siennes. Le privilége du fisc s'explique ici par cet intérêt public dont parle Montesquieu [5] et dont le fisc est le représentant [6].

446. Dans le droit romain eependant, nous trouvons une constitution de Constantin [7] qui exempte de la prison les débiteurs du fisc et permet seulement de les garder militairement à vue. Cujas remarque que c'était une grande indulgence, puisque les débiteurs des particuliers poovaient être emprisonnés [8]. Mais cette loi n'a-t-elle pas été abolie par Gratien et Valentinien [9]? Ce qu'il y a de certain, c'est qu'on ne trouve pas trace de son souvenir dans les Gaules; qu'au contraire, le droit du fisc a toujours été armé, dans notre plus ancienne jurisprudence, de la contrainte par corps.

447. Nous remarquerons, au surplus, que quand nous parlons du débiteur du fisc et de la contrainte qui les atteignait, nous ne comprenons pas sous cette dénomination les particuliers débiteurs de l'impôt; jamais ceux-ci n'ont été sujets à la contrainte par corps; la raison en est, suivant Coquille, que ces tailles et autres subsides ne se payaient par les particuliers que par forme d'*aide au roi*, et non pas à titre de dette précisément due [10].

En un mot, les débiteurs du fise frappés de contrainte par corps étaient les receveurs, les fermiers de l'impôt, les porteurs et détenteurs de deniers déjà payés au fisc [11].

448. La Convention, qui par sa loi du 9 mars 1793 avait aboli la contrainte par corps en matière civile, l'avait maintenue à l'égard des débiteurs de deniers publics et nationaux [12].

449. La loi du 15 germinal an vi ne manqua pas d'en rappeler le principe [13]. Le besoin des temps le rendait plus nécessaire que jamais; car il n'y avait pas alors une grande régularité

[1] Sor Niverosis, tit. 32, art. 9.
[2] Liv. 6, tit. 5, n° 19. *Junge* Masuer, tit. 30, n° 21; Berry, tit. 9, n° 21; Expilly, ch. 32.
[3] Delaurière sur Loisel, *loc. cit.*
[4] Voy. notre *Préface.*
[5] *Supra*, n° 6.
[6] Voy. *suprà*, n° 350.
[7] L. 2, C. J., *de exact. tributor.* Voy. Cujas sur ce texte.
[8] L. 1, D., *qui bonis cedere possunt.*
[9] L. 1, 4, 20, C. Théod., *qui bonis cedere possunt.*
[10] Sur Nivernais, tit. 32, art. 9. *Infrà*, n° 470. Berlier, discours au cons. d'Etat (Fenet, t. 15, p. 133).

Si la voie de la contrainte par corps que l'administration des accises est autorisée à exercer aux termes de l'art. 290 de la loi du 26 août 1832, pendont le terme d'une onnée à partir de l'époque à laquelle la dette est devenue exigible, est suspendue par l'opposition du redevable, le terme reprend son cours à partir du jugement qui o rejeté l'opposition, sans qu'il soit besoin de signification. Br., 31 mai 1837; *J. de B.*, 1838. 2. 338.
[11] Ordonn. de 1667, tit. 24, art. 5.
[12] Loi du 30 mars 1793. Loi de germinal an vi, tit. 1, art. 3.
[13] Art. 3, tit. 1.

dans les finances, une exacte probité parmi les fournisseurs et les traitants, une suffisante fidélité parmi tous les comptables.

450. Diverses lois réglèrent d'une manière spéciale l'exercice de la contrainte par corps contre les détenteurs des deniers publics et nationaux; elles en firent une matière plus administrative que judiciaire [1]; la promptitude nécessaire pour assurer les services de l'État ne s'accommode guère des formes lentes de la justice [2].

451. Le Code civil voulut laisser cette matière en dehors de ses prévisions; l'art. 2070 est formel à cet égard [3]. Le conseil d'État craignait avec raison que les combinaisons du Code, si sages dans l'ordre des rapports civils, ne fussent une cause de dérangement et de trouble dans les rouages administratifs [4].

452. La loi du 17 avril 1832 s'est placée à un autre point de vue. Elle n'est pas, comme le Code civil, une loi sur les rapports privés. Embrassant dans ses dispositions toutes les applications de la contrainte par corps, elle se trouve en contact avec les différentes branches du droit; elle entre dans le droit commercial, dans le droit pénal, dans le droit administratif, autant et plus que dans le droit civil. Elle ne pouvait donc pas oublier la contrainte par corps relative aux administrateurs des deniers publics.

453. Ce qu'il y a de remarquable, c'est qu'elle la place sous la rubrique de la contrainte par corps en matière civile [5]. Il y a ici une erreur grave de classement. La matière dont il s'agit n'est pas une matière civile; elle est matière de droit public. Elle envisage des rapports de sujet à gouvernement; elle traite un intérêt de l'État et non un intérêt privé. Serait-ce pour la distinguer des matières commerciales ou pénales que le législateur l'aurait encadrée dans le titre de la *Contrainte par corps en matière civile?* Mais ne lui était-il pas aussi facile de faire ressortir cette distinction en qualifiant la matière de matière administrative, ainsi que l'article 2070 du Code civil le lui indiquait? Il est vrai que la loi du 15 germinal an VI avait donné l'exemple de cette confusion [6]. Mais en 1832, à une époque où le droit administratif avait déjà commencé à marquer sa place, fallait-il oublier ses droits, son rang et son nom? Fallait-il donner une seconde fois cet étrange exemple de législateurs qui ignorent les premières divisions de la science, et qu'on devrait renvoyer aux instructions de d'Aguesseau à son fils sur les éléments de la jurisprudence!

454. Au surplus, si la loi de 1832 a eu tort sur ce point secondaire, elle a eu raison sur un point beaucoup plus important; c'est de ne pas transiger avec les scrupules de certains esprits qui, dans leur amour des réformes, auraient voulu qu'on délivrât les débiteurs du fisc de la crainte de la prison [7]. L'exemple de Constantin [8] peut avoir l'à-propos d'une heureuse citation dans une thèse philosophique, dans un rêve d'humanité [9]; mais l'expérience met en garde contre de telles tentatives. Toutes les fois que la philanthropie a eu assez de séductions pour désarmer le pouvoir, on n'a pas tardé à se repentir d'avoir cédé à ses entraînements; les abus sont devenus criants; il a fallu revenir sur ses pas. Témoin Gratien et Valentinien [10]; témoin la Convention [11]. L'État n'est pas un créancier ordinaire; ce qu'il perd, c'est le déficit de tout le monde, c'est un contre-coup sur tous les contribuables; c'est un embarras qui est de nature à affecter tous les services publics. Et l'on mettrait la liberté d'un seul en balance avec cet intérêt général! surtout quand il s'agit d'un homme qui a malversé, d'un comptable infidèle, d'un administrateur négligent et oublieux de ses devoirs!

Mais, dit on, le nombre des détenus pour de pareilles dettes est infiniment faible, et l'on ne risquerait rien à faire cesser cette crainte de l'incarcération [12]. Tant mieux si ce nombre est faible; c'est ce qui prouve l'utilité de la loi et l'efficacité de ses menaces. Rendons grâce à cette terreur salutaire qui s'ajoute à bien d'autres causes pour maintenir les comptables dans la voie de la fidélité.

455. Les articles 8 et 9 de la loi du 17 avril 1832 étendent la contrainte administrative à cinq classes de débiteurs :

1° La première est celle des comptables des deniers et effets mobiliers publics. Tels sont les receveurs généraux et particuliers, les percepteurs des contributions, les receveurs de l'enregistrement, des douanes, des contributions indirectes, les caissiers du trésor, les dépositaires comptables d'armes, de provisions de bouche, etc.; tous ceux, en un mot, à qui l'État confie le dépôt de ses recettes, de ses deniers, de ses effets mobiliers. Le principe de cette responsabilité personnelle se lie à l'art. 2060,

---

[1] *Infrà*, n° 712.

[2] Voy. lois des 12 vendémiaire et 13 frimaire an VIII; arrêt du 18 ventôse an VIII; avis du conseil d'État du 9 ventôse an X; arrêté du 16 thermidor an VIII, art. 30; décret du 13 novembre 1810; décret du 26 septembre 1811; décret du 25 avril 1807.

[3] *Suprà*, n° 347 et 350.

[4] Berlier (Fenet, t. 15, p. 133). Portalis (Fenet, t. 15, p. 133). Defermon (Fenet, t. 15, p. 132).

[5] *Infrà*, n° 564.

[6] Voy. le titre premier.

[7] Bayle-Mouillard s'est rendu l'écho de leurs idées, p. 256, 257.

[8] *Suprà*, n° 446.

[9] Encore est-il bien vrai que Constantin ait supprimé la contrainte par corps? La garde militaire qu'il y substitua n'est-elle rien?

[10] *Suprà*, n° 446.

[11] *Suprà*, n° 448.

[12] Bayle-Mouillard, p. 257.

§ 3, du Code civil [1]; il en reproduit l'idée. Il s'applique à un ordre de personnes dont le Code civil n'avait pas voulu s'occuper spécialement.

456. 2° La seconde est celle des comptables chargés de la perception des deniers, ou de la garde et de l'emploi des effets mobiliers appartenant aux communes, aux hospices, aux établissements publics [2]. Quoique l'intérêt public qui se trouve ici engagé ait moins de force et d'étendue que lorsqu'il s'agit des dépositaires des deniers de l'État, néanmoins cet intérêt touche à celui d'une généralité d'habitants, ou d'une classe nombreuse d'individus, ou d'une corporation revêtue d'un caractère public. C'est une bonne idée administrative que d'avoir assimilé les comptables des établissements publics aux comptables de l'État. Elle avait préoccupé les rédacteurs du Code civil [3]. On assure par là la fidélité des administrateurs locaux et la régularité de leur gestion.

457. 3° La troisième est celle des cautions de ces divers dépositaires; ces cautions sont de plein droit soumises à la contrainte par corps [4]. La loi les suppose associées aux bénéfices de l'entreprise; elle les traite comme des débiteurs solidaires [5].

458. 4° La quatrième est celle de leurs agents et préposés ayant personnellement géré ou fait la recette [6]. Par là on force à la restitution les employés qui ont eu un maniement personnel et qui, en détournant des deniers publics, se sont rendus débiteurs de l'État ou des établissements publics.

459. 5° La cinquième est celle des personnes qui, sans avoir le caractère de fonctionnaires ou d'agents publics, ont cependant reçu des deniers ou des effets mobiliers par suite de quelque contrat passé avec l'État ou avec un établissement public, et qui ne représentent pas ces deniers ou ces effets, ou n'en ont pas fait l'emploi convenu.

460. Cette disposition était nécessaire; car le dépôt et le mandat n'entraînent pas ordinairement la contrainte par corps [7]. Mais quand il s'agit de deniers publics confiés à une personne par suite d'un dépôt ou d'un mandat, l'intérêt public est sur-le-champ mis en mouvement; il exige des garanties plus énergiques.

461. Nous venons de résumer les cinq cas de contrainte par corps administrative consacrés par les articles 8 et 9 de la loi du 17 avril 1832. Les cinq cas ne sont pas les seuls; les articles 10 et 11 continuent la série des personnes que la contrainte par corps administrative peut atteindre.

462. Et quant aux personnes privilégiées d'après le droit commun, l'article 12 s'occupe de régler leur sort.

463. Puis nous verrons par l'article 13 ce qui concerne le *minimum* de la dette à laquelle la contrainte administrative est attachée, ainsi que ce qui a trait à la durée de ce moyen de coaction.

464. Enfin l'article 46 nous fournira le sujet des observations relatives à l'exécution de la contrainte par corps administrative et à la prépondérance des formes administratives sur les formes judiciaires ordinaires [8].

Article 10.

Sont également soumis à la contrainte par corps :

1° Tous entrepreneurs, fournisseurs, soumissionnaires et traitants, qui ont passé des marchés ou traités intéressant l'État, les communes, les établissements de bienfaisance et autres établissements publics, et qui sont déclarés débiteurs par suite de leurs entreprises ;

2° Leurs cautions, ainsi que leurs agents et préposés qui ont personnellement géré l'entreprise, et toutes personnes déclarées responsables des mêmes services.

SOMMAIRE.

465. Traitants, entrepreneurs, fournisseurs. Nécessité de les soumettre à la contrainte par corps.
466. De leurs cautions.
467. De leurs agents et préposés. Ils sont présumés sous-traitants.
468. De ceux qui sont déclarés responsables avec eux.
469. Sur quoi porte précisément la contrainte par corps en cette matière.

[1] *Suprà*, n° 123.
[2] *Suprà*, nos 235 et 238.
[3] Fenet, t. 15, p. 133, 134.
[4] *Suprà*, n° 148.
[5] *Suprà*, n° 147. *Infrà*, n° 466.
[6] *Suprà*, n° 456.
[7] *Suprà*, n° 82.
[8] *Infrà*, n° 712.

COMMENTAIRE.

465. Il est une classe nombreuse de spéculateurs qui ont l'habitude de traiter avec l'État ou avec les établissements publics pour des travaux de construction et de routes, pour des fournitures de denrées, habillements et équipements militaires, d'armes, victuailles, véhicules, etc., etc.; ces spéculateurs, connus sous le nom de traitants, font souvent de grands bénéfices et souvent aussi de grandes pertes. Le public les voit sans faveur, parce que, ne tenant compte que de quelques exemples d'éclatantes fortunes faites dans les entreprises publiques, il suppose tous les traitants plus riches et plus heureux qu'ils ne sont quelquefois. La loi est sévère pour eux, parce que l'État paye bien le besoin qu'il a de leurs services et qu'on les sait âpres au gain. Si la contrainte par corps n'était pas au bout de leurs engagements, l'État serait exposé aux plus fâcheuses déceptions; les services seraient menacés de suspension, et les besoins publics les plus urgents, négligés et oubliés, attendraient en vain les ressources destinées à y pourvoir. Mais la loi a pris ses précautions; elle enchaîne les traitants à leurs marchés; elle veut qu'en échange des gains considérables dont ils courent la chance, ils donnent comme garantie leur personne, leur liberté, leur patrimoine.

466. Leurs cautions sont soumises à la même rigueur. Elles sont censées solidaires dans l'entreprise; elles sont considérées comme associées collectivement pour partager les bénéfices [1].

467. Il en est de même de leurs agents et préposés qui ont géré personnellement; presque toujours ce sont des sous-traitants, qui, dissimulant leurs sous-traités, n'en gèrent pas moins l'entreprise [2]; il était indispensable de les atteindre.

468. Enfin l'article 10 assimile aux entrepreneurs et traitants ceux qui, sans avoir figuré en nom dans le marché, sont reconnus responsables avec eux des services qu'ils ont soumissionnés.

469. Au surplus, il ne faut pas se méprendre sur la nature des condamnations auxquelles la contrainte par corps peut être attachée. D'après la rubrique, la loi n'a eu en vue que les condamnations qui portent sur *des deniers et effets mobiliers publics* dont les traitants, les entrepreneurs, les soumissionnaires sont déclarés en débet [3]. Partant de là, on ne pourrait déclarer un entrepreneur passible de la contrainte par corps par cela seul qu'il n'aurait pas exécuté les travaux pris à sa charge dans le délai convenu, si, d'autre part, il n'était redevable d'aucune somme envers l'État ou l'établissement public avec lequel il aurait traité.

ARTICLE 11.

Seront encore soumis à la contrainte par corps, tous redevables, débiteurs et cautions des droits de douanes [4], d'octrois et autres contributions indirectes, qui ont obtenu un crédit et qui n'ont pas acquitté à échéance le montant de leurs soumissions ou obligations.

SOMMAIRE.

470. Des débiteurs de droits de douane, octroi, contributions indirectes.
Ils ne sont pas soumis de plein droit à la contrainte par corps.
471. Mais ils y sont soumis quand ils ont demandé et obtenu crédit.

COMMENTAIRE.

470. Tous ceux qui sont débiteurs envers le trésor de droits de douane, de droits d'octroi et d'autres contributions indirectes, ne sont pas par cela seul sujets à la contrainte par corps. Nous avons fait connaître ci-dessus [5] le principe du droit public français qui considère l'impôt plutôt comme un subside, comme une aide volontaire donnée à l'État, que comme une dette proprement dite; principe dont la conséquence a été de tout temps de soustraire le

---

[1] *Suprà*, nos 147 et 457.
[2] Parant, rapport du 16 février 1832, p. 498.
[3] *Junge* lois des 12 vendémiaire et 13 frimaire an VIII; arrêté du gouvernement du 18 ventôse an VIII; avis du conseil d'État du 9 ventôse an X.
[4] Voy. 6-22 août 1791, tit. 12, art. 6.
[5] No 447.

débiteur de l'impôt à la contrainte par corps.

471. Mais il arrive souvent que les redevables obtiennent un crédit au moyen duquel ils acquièrent la libre disposition des objets frappés par l'impôt indirect et le gage de l'État; pour sûreté de ce crédit, ils souscrivent des engagements personnels portant qu'à telle époque ils payeront les droits à leur charge. Ces engagements sont un titre conventionnel qui donne une sanction plus énergique à l'obligation naturelle du redevable. S'il n'y satisfait pas, il est soumis à la contrainte par corps: L'État s'est relâché de son droit, mais sa concession ne doit lui faire rien perdre. Si par égard pour le redevable il a renoncé à son gage réel, il est juste qu'il retrouve en échange le gage de la personne.

Article 12.

La contrainte par corps pourra être prononcée, en vertu des quatre articles précédents, contre les femmes et les filles [1].

Elle ne pourra l'être contre les septuagénaires.

SOMMAIRE.

472. Des femmes et des filles.
La contrainte par corps peut les atteindre quand elles sont débitrices du fisc.
473. Suite.
474. Suite.
475. Des femmes cautions envers le trésor.
476. Mais les septuagénaires sont exempts de la contrainte par corps.

COMMENTAIRE.

472. Les femmes et les filles peuvent être chargées de certains emplois qui leur donnent un maniement de deniers ou effets mobiliers publics; telles sont les directrices des postes, les femmes employées au timbre, etc., etc.; elles ne doivent pas échapper à la loi commune; elles sont comme les femmes et filles qui font le commerce et que le crédit assujettit à la contrainte par corps. L'État et les établissements publics doivent avoir les mêmes garanties que le commerce et le crédit.

473. Rien n'empêche une femme de soumissionner un marché avec l'État. On a vu des femmes se placer à la tête des entreprises les plus hardies et les plus lucratives, et les conduire avec habileté, persévérance et succès. Les entreprises de construction, de fournitures, etc., etc., conclues avec l'État, sont des actes de commerce [2] qui, par leur nature, soumettent les femmes et les filles à la contrainte par corps. Or, il est juste de mettre cette contrainte dans la classe des contraintes par corps administratives quand c'est avec l'État ou avec des établissements publics que des femmes et des filles ont traité.

474. Les femmes et les filles qui ont obtenu des crédits dans les circonstances de l'article 11 [3] doivent subir la rigueur de cet article. Presque toujours ce sont des marchandes publiques qui sont en compte avec l'État pour des droits de douane, pour des débits de boisson, etc., etc.

475. Cautions des personnes énumérées dans les articles 8, 9, 10 et 11 ci-dessus, les femmes et les filles sont comme elles sujettes à la contrainte par corps. Leur cautionnement est présumé cacher une association solidaire [4].

476. Mais que dirons-nous des septuagénaires? Respect à la vieillesse, même quand le fisc fait parler l'intérêt public! La loi nouvelle, après avoir fait cesser la contrainte par corps contre les septuagénaires en matière de commerce [5], ne pouvait que les maintenir, pour les matières administratives, dans le privilége que la loi du 15 germinal an VI leur avait conféré [6] contrairement à l'ancien droit [7]. L'État et les établissements publics n'auront pas d'ailleurs de grands et de nombreux dangers à courir par suite de cette immunité. Ce sera déjà remédier à la moitié du mal que de ne pas traiter avec les septuagénaires.

---

[1] Voy. 15 germinal an VI, tit. 1er, art. 5.
[2] Art. 632 et 633, C. de comm.
[3] *Suprà*, n° 471.
[4] *Suprà*, n° 147.
[5] *Suprà*, n° 414.
[6] Coin-Delisle, p. 96, n° 8.
[7] Merlin, *Répert.*, v° *Contrainte par corps*, n° 10.

Article 13.

Dans les cas énoneés dans la présente seetion, la contrainte par corps n'aura jamais lieu que pour une somme principale excédant 300 fr.

Sa durée sera fixée dans les limites de l'article 7 de la présente loi, § 1er.

SOMMAIRE.

477. Du *minimum* de la dette fiscale.
478. Renvoi à l'art. 2065, C. civil.
479. La durée de la contrainte par corps est d'un an à dix ans.
480. *Quid* à l'égard des cautions?
481. Fixation de la durée de la contrainte par corps. Autorité compétente.

COMMENTAIRE.

477. Il restait à régler deux points importants : quel sera le *minimum* de la dette à laquelle la contrainte par corps administrative est attachée? quelle sera la durée de cette épreuve?

478. Sur le premier point, la loi de 1832 a adopté le *minimum* de l'article 2065 du Code civil [1]. L'État et les établissements publics auraient eu mauvaise grâce à être plus rigides que les particuliers. Si un créancier ordinaire à qui est due une somme de moins de 300 fr. n'est pas censé éprouver un dommage assez considérable pour prétendre au sacrifice de la liberté du débiteur, combien à plus forte raison l'État, qui est le plus riche des créanciers, ou un établissement public, qui a moins besoin de ressources présentes et qui est moins affecté par des pertes légères!

479. Sur ce second point, la loi de 1832 a fait la situation de l'État et des établissements publics pareille à celle des particuliers. L'article 7, que nous avons commenté ci-dessus [2], est la règle à suivre. L'incarcération pourra être d'un an à dix ans. Si le comptable n'est coupable que d'une faute légère, la contrainte par corps lui sera légèrement appliquée. Mais s'il est coupable de ces audacieux détournements marqués au coin de la fraude la plus insigne, et aussi coupables que le stellionat ou la violation du dépôt nécessaire, il faut qu'il n'y ait pas de différence entre sa position et celle des débiteurs les plus odieux [3].

480. Il en sera de même de ses cautions [4]. Et s'il arrivait que la caution fût plus qu'un fidéjusseur, si elle était (comme il est d'ordinaire dans ces matières [5] un associé solidaire intéressé pour moitié dans les bénéfices; si, à ce titre, elle avait participé à la fraude du débiteur principal, ne serait-il pas juste qu'elle partageât son sort par une égalité d'incarcération?

481. Comme dans les matières civiles ordinaires, la durée de l'emprisonnement doit être fixée par décision du juge. Notre article est formel à cet égard et se lie à l'article 7. Mais il y a cette différence, entre les matières civiles ordinaires et celles des deniers et effets mobiliers publics, que dans les premières c'est un jugement du tribunal qui fixe la durée, tandis que dans les secondes c'est l'autorité administrative de laquelle émane la contrainte, qui en règle cette durée [6]. Ginouvier [7] et Duranton [8] semblent croire qu'il faut un jugement. Mais lorsque la loi confère à l'autorité administrative ce droit de prononcer la contrainte, il est évident que c'est aussi à elle qu'elle se confie pour en déterminer la durée. Autrement il y aurait mélange de deux juridictions qui doivent rester séparées, et entrave dans la compétence de l'une par l'intervention de l'autre.

---

[1] *Suprà*, n° 280.
[2] *Suprà*, n° 431.
[3] *Suprà*, n°s 434, 435.
[4] *Suprà*, n° 441.
[5] *Suprà*, n°s 147, 437, etc.
[6] Coin-Delisle, p. 96, n° 9.
[7] Sur l'art. 13.
[8] T. 18, n° 190.

TITRE III.

DISPOSITIONS RELATIVES A LA CONTRAINTE PAR CORPS CONTRE LES ÉTRANGERS.

ARTICLE 14.

Tout jugement qui interviendra au profit d'un Français contre un étranger non domicilié en France emportera la contrainte par corps, à moins que la somme principale de la condamnation ne soit inférieure à 150 francs, sans distinction entre les dettes civiles et les dettes commerciales.

SOMMAIRE.

482. De la contrainte par corps contre les étrangers. Motifs qui la rendent nécessaire.
483. Cette mesure appliquée aux étrangers ne ressemble pas aux actes de haine que les nations barbares exercent contre les aubains.
484. Suite. Renvoi à la préface pour le droit des villes d'arrêt.
485. Jurisprudence sur l'ordonn. de 1667.
486. Loi du 4 floréal an VI.
État des choses sous le Code civil.
487. Loi du 10 septembre 1807.
Est-il vrai que cette loi ait été dictée par un système politique ennemi des nations étrangères?
488. La loi de 1832 est la reproduction à peu près textuelle de la loi de 1807.
489. Si la dette est inférieure à 150 fr., la contrainte par corps n'a pas lieu.
490. Pourquoi on n'a pas adopté le *minimum* de 300 fr., qui est la règle en droit civil.
491. L'étranger est soumis à la contrainte par corps autant pour dettes civiles que pour dettes commerciales.
492. Tout jugement emporte de plein droit contre l'étranger la contrainte par corps, lors même que le jugement n'en ferait pas mention.
493. Peu importe la cause du jugement.
494. Suite. De la créance souscrite par un étranger au profit d'un étranger et qui par suite d'une cession passe dans les mains d'un Français.
495. Lorsque l'étranger est domicilié en France, il jouit du bénéfice de la loi française et du privilége des Français.
496. Qu'est-ce que l'étranger domicilié en France?
497. Un étranger ne peut se prévaloir contre un étranger de la loi de 1832.
498. Suite.

COMMENTAIRE.

482. La France est une terre hospitalière; nulle part les étrangers ne sont reçus avec plus d'empressement et de cordialité. Mais cette courtoisie ne doit pas dégénérer en une aveugle confiance; l'expérience a démontré la nécessité de prendre des sûretés contre les étrangers qui contractent des dettes envers les Français. Si la loi était imprévoyante sur ce point, elle laisserait les sujets de la France victimes d'intrigants inconnus qui viennent tenter la fortune et chercher des dupes hors de leur patrie. Ces sûretés sont si naturellement indiquées par la force des choses qu'il n'est presque pas de contrée civilisée où on ne les trouve en vigueur.

483. On le voit : de telles précautions n'ont rien de commun avec les préjugés que les nations barbares nourrissent contre tout ce qui porte le nom d'étranger. La barbarie immole l'étranger [1]; elle le fait esclave quand elle consent à ne pas le tuer [2]. Elle part de cette idée que l'étranger est un ennemi; elle le traite

[1] Voy. ce que j'ai écrit sur les anciennes cout. d'Amiens, *Revue de législation*.
[2] Beaumanoir, ch. 45, anc. cout. de Champagne, art. 53. Vitry, art. 72. Delaurière sur Loisel, liv. 1, tit. 1, art. 49.

comme tel; elle s'en empare par droit d'épave.

484. Au moyen âge, l'étranger était d'autant moins exempt de la contrainte par corps que le droit des villes d'arrêt y assujettissait les nationaux eux-mêmes, lorsqu'ils étaient forains [1]. Le Français débiteur forain pouvait être appréhendé au corps par le bourgeois, son créancier, quand il se trouvait dans les limites de la ville d'arrêt [2]. Combien à plus forte raison le débiteur étranger qui n'avait pas les priviléges de la nationalité et que sa qualité rendait suspect!

485. C'est pourquoi l'ordonnance de 1667, qui, comme on sait, restreignit l'application de la contrainte par corps à certains cas d'exception, ne statua que pour les sujets du roi, laissant les étrangers soumis à la contrainte par corps pour toute espèce de dettes. Un arrêt du parlement de Paris du 2 septembre 1684 [3] met dans tout son jour cette pensée de l'ordonnance de 1667.

486. La loi de 4 floréal an VI [4] confirma cette jurisprudence. Mais le Code civil n'ayant pas répété ses dispositions, on tira de l'art. 2063 la conclusion que le sort des étrangers devait être réglé, en ce qui concerne la contrainte par corps, non par les lois antérieures, mais par les art. 11 et 13 du Code civil, lesquels formulent les droits et priviléges dont les étrangers peuvent jouir en France d'après le droit commun [5].

487. L'expérience prouva que le Code civil avait été trop confiant. Des scandales furent donnés par des étrangers de mauvaise foi; on sentit la nécessité de recourir à des mesures protectrices.

De là la loi du 10 septembre 1807. Elle formait le dernier état de la législation et servait de supplément en cette matière au Code civil.

On l'a représentée comme empreinte de la sauvage énergie antique [6], comme une œuvre du despotisme impérial voulant légitimer des représailles et fortifier le blocus continental [7]. Ce n'est pas ce qu'a pensé le législateur de 1832; car il n'a fait que fondre dans la loi nouvelle les dispositions de la loi de 1807. Seulement il a assigné un terme à la contrainte par corps qui auparavant était perpétuelle [8]. C'était le seul vœu de réforme que Jacquinot-Pampelune avait formé dans sa proposition de 1828. Ce magistrat avait dit : « La loi de 1807 » ne me paraît pas susceptible d'être abrogée; » elle touche de trop près aux règles du droit » des gens et de la réciprocité qui est la base » de ce droit. Comment, en effet, n'userions- » nous pas chez nous d'un moyen dont presque » toutes les nations usent envers les étrangers? » ne serait-ce pas nous placer envers elles dans » une situation inférieure à celle dans laquelle » elles se maintiennent par rapport à nous?

» Mais si le principe de la contrainte par » corps envers les étrangers ne peut être méconnu, comment du moins ne serait-il pas » modifié, en ce sens que les étrangers jouiraient, quant à la durée de la détention, des » mêmes avantages que les nationaux? »

Ce langage est celui de la vérité et d'un bon sens réfléchi. Ceux qui évoquent les souvenirs du despotisme impérial, et les nécessités du blocus continental pour expliquer la loi de 1807, oublient que l'occasion de cette loi fut la tromperie d'un grand seigneur russe qui avait disparu de Paris en faisant banqueroute à une foule de marchands et fournisseurs qu'il avait induits en erreur [9]. Quand une mesure d'utilité commune s'explique d'elle-même, on risque de se tromper en voulant la rattacher aux combinaisons élevées d'un système politique.

488. L'article 14 de la loi du 17 avril 1832 est donc la reproduction de l'article 1er de la loi du 10 septembre 1807. L'étranger non domicilié en France est soumis à la contrainte par corps pour toute condamnation quelconque de 150 fr. et au-dessus, sans distinction entre les dettes civiles et les dettes commerciales. Peu importe que l'étranger possède des biens en France; peu importe qu'il y ait fondé des établissements commerciaux. Il suffit qu'il n'y soit pas domicilié pour que toute condamnation qui n'est pas inférieure à 150 fr. entraîne contre lui la contrainte par corps. La circonstance de possession de biens sur le territoire français n'est considérable que lorsqu'il s'agit de l'arrestation provisoire de l'étranger [10]; elle est indifférente lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un jugement définitif. L'étranger, propriétaire en France, pourrait souscrire des engagements supérieurs à la valeur de ses biens; puis, abandonnant à ses créanciers français ce gage insuffisant, il irait jouir dans sa patrie de son opulent patrimoine et insulter à la confiance de ses dupes. Mais la contrainte par corps rassure les créanciers français contre de pareilles fourberies; elle leur donne la certitude que si l'étranger a des ressources pécuniaires dans son pays, il les fera venir à son secours pour faire face à ses dettes. Par là, les transactions deviennent plus multipliées et plus faciles, et l'étranger trouve le crédit dont il a besoin.

[1] Brodeau sur Paris, art. 173. Ferrière, *id.* Buridan sur Reims, art. 407.
[2] *Suprà*, préface, ce que je dis des villes d'arrêt.
[3] Merlin, *Répert.*, v° *Contrainte par corps*, n° 7. Brillon, à ce mot, n°s 10 et 20.
[4] Merlin, v° *Contrainte par corps*, n° 7.
[5] Merlin, *loc. cit.*
[6] Levieil de la Marronnière, *Histoire de la contrainte par corps*, p. 295.
[7] Loubens et Bourbon-Leblanc, p. 169.
[8] *Infrà*, n° 525.
[9] Merlin *Quest. de droit*, v° *Étranger*, § 4, n° 2, col. 2.
[10] Art. 15, Parant.

489. Si cependant la dette était inférieure à 150 fr., il n'y aurait pas un préjudice assez grave pour sacrifier la liberté du débiteur étranger. La contrainte par corps ne doit pas être prodiguée pour des causes minimes : « *Indecorum est quod quis, pro minimo debito, arrestari possit* [1].

490. Mais, d'un autre côté, il y avait de bonnes raisons pour ne pas s'arrêter au *minimum* de 300 fr. déterminé par l'art. 2065 du Code civ. dans le cas où il s'agit de nationaux. Les étrangers sont en rapport plus particulier avec une foule de petits fournisseurs qu'ils pourraient facilement tromper sur leur solvabilité, et pour lesquels des pertes de 150 fr. sont importantes. Tels sont les hôteliers, cordonniers, tailleurs, etc. Enlever la contrainte par corps à ces dettes de 150 fr., c'eût été rendre aux étrangers un mauvais service; car ils auraient trouvé moins de confiance et de crédit [2].

491. Nous avons dit avec l'art. 14 qu'il n'y a pas de distinction à faire entre les dettes civiles de l'étranger et ses dettes commerciales [3]. Sous ce rapport, il y a une grande différence entre l'étranger et le sujet du roi. On sait qu'en matière civile le Français n'est soumis à la contrainte par corps que dans des cas très-peu nombreux.

492. Voici une nouvelle différence. Quand il s'agit de la contrainte par corps contre un Français, le juge ne peut la prononcer que s'il en est requis [4]; et, de plus, elle ne peut résulter que d'une condamnation expresse [5]. Point de contrainte par corps d'office, de plein droit ou implicite.

Mais à l'égard de l'étranger il en est autrement; le jugement prononcé contre lui *emporte* (c'est le mot de la loi, et ce mot a une énergie à laquelle nul ne se méprendra), emporte la contrainte par corps, c'est-à-dire que la contrainte par corps est attachée virtuellement à la condamnation; elle en découle par la puissance du titre judiciaire, sans que le jugement en fasse mention, sans même qu'elle ait été demandée [6].

493. Peu importent, du reste, les causes du jugement. Que la condamnation soit la conséquence d'un contrat ou d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi délit; que la dette ait été contractée en France ou en pays étranger, le jugement de condamnation engendre toujours nécessairement et de plein droit la contrainte par corps [7]. Un exécutoire de dépens, complément nécessaire du jugement de condamnation, est aussi une cause très-valable de contrainte par corps [8].

494. Je pense même que si la dette avait été originairement contractée par un étranger envers un étranger et qu'elle fût passée entre les mains d'un Français par une cession, l'étranger qui se serait laissé condamner sans se prévaloir de l'art. 14 du Code civil, sans demander son renvoi devant les tribunaux étrangers, n'échapperait pas, à l'égard du Français, à la contrainte, virtuellement attachée à toute condamnation [9].

495. Tout ceci n'a lieu que lorsque l'étranger n'est pas domicilié en France. Quand l'étranger est domicilié en France, il jouit du bénéfice de la loi française et du privilége des Français.

496. Mais qu'est-ce qu'un étranger domicilié en France?

L'art. 13 du Code civil répond à cette question. C'est celui qui a reçu du roi l'autorisation d'y établir son domicile, et qui, à ce titre, y jouit des droits civils [10]. Le domicile est l'assiette des droits civils d'une personne; il suppose la jouissance des droits civils. L'étranger n'a cette jouissance qu'à la condition d'une autorisation émanée du roi et qui, tout en lui conservant sa qualité d'étranger, l'admet à la participation des droits civils propres aux Français.

Il semblerait résulter cependant d'un arrêt de la cour de cassation du 6 février 1826 [11] que le domicile de fait suffit pour que l'étranger échappe à la contrainte par corps. Mais cet arrêt n'est qu'un arrêt d'espèce; il faut bien se garder de l'étendre hors du cas particulier dont il s'occupe. Il repose tout entier sur cette idée, savoir, que, dans l'hypothèse, la qualité d'étranger domicilié avait été attribuée au défendeur et reconnue par le demandeur dans tous les actes de la cause.

497. Au reste, ce n'est qu'au Français seul qu'appartient le droit écrit dans notre article [12]. L'étranger ne peut s'en prévaloir contre un étranger. Il ne saurait invoquer que le droit commun établi par la loi civile ou par la loi commerciale, et non par un bénéfice exceptionnel, privilége de la nationalité.

498. Lors même que l'étranger demandeur aurait été autorisé à établir son domicile en France conformément à l'art. 13 du Code civil, il serait non recevable à se prévaloir de l'art. 14

[1] *Suprà*, n° 280.
[2] En Sardaigne, l'étranger ne peut être emprisonné lorsque sa dette est moindre de 300 fr. (article 2105).
[3] *Suprà*, n° 488.
[4] *Suprà*, n° 324.
[5] *Suprà*, n° 316.
[6] Bordeaux, 10 février 1830. *Pasicrisie*, à cette date.
[7] Merlin, *Quest. de droit*, v° *Étranger*, § 4, n° 2. Cass., rejet, 12 juin 1817. Dall., t. 12, p. 103.
[8] Metz, 11 février 1820. Dall., t. 12, p. 104.
[9] Pour bien comprendre ce point, il faut lire ce que je dis, *infrà*, n° 503.
[10] Pardessus, n° 1524. Coin Delisle, p. 98, n° 2.
[11] *Pasicrisie*, à cette date; chamb. civ., rejet.
[12] *Infrà*, n° 500.

de la loi du 17 avril 1832. Cette autorisation n'empêche pas qu'il ne reste étranger. Or, le texte des articles 14 et 15 déclare positivement que les condamnations à 150 francs et plus n'emportent la contrainte par corps contre les étrangers que lorsqu'elles sont intervenues *au profit d'un Français*. Évidemment, l'étranger qui a obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France n'est pas Français.

C'est ce qu'a jugé la cour de Paris par arrêt du 8 janvier 1831 [1], et nous croyons cette décision meilleure que l'opinion contraire de Pardessus [2]. Vainement dirait-on que le droit consacré par l'art. 14 de notre loi est un de ces droits civils à la participation desquels l'autorisation du roi initie l'étranger d'après l'art. 13 du Code civil. Nous répondons que ce droit n'est pas un droit civil [3]; il ne règne pas de Français à Français; il sort du droit commun; il constitue un privilége qui, comme le disait Jacquinot-Pampelune [4], se rattache à la réciprocité internationale et se lie au droit public et politique. L'étranger domicilié n'a donc à tirer, comme demandeur, aucun moyen d'action de l'art. 14; il peut seulement s'en faire une exception.

Article 15.

Avant le jugement de condamnation, mais après l'échéance ou l'exigibilité de la dette, le président du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel se trouvera l'étranger non domicilié pourra, s'il y a des motifs suffisants, ordonner son arrestation provisoire, sur la requête du créancier français.

Dans ce cas, le créancier sera tenu de se pourvoir en condamnation dans la huitaine de l'arrestation du débiteur, faute de quoi celui-ci pourra demander son élargissement.

La mise en liberté sera prononcée par ordonnance de référé, sur une assignation donnée au créancier par l'huissier que le président aura commis dans l'ordonnance même qui autorisait l'arrestation, et, à défaut de cet huissier, par tel autre qui sera commis spécialement [5].

SOMMAIRE.

499. De l'arrestation provisoire autorisée contre les étrangers par mesure de police.
500. Cette mesure était autorisée par la loi de 1807. Elle n'a été établie qu'en faveur du créancier français.
501. *Quid* si le Français n'était devenu créancier que par cession, et qu'originairement l'obligation fût d'étranger à étranger?
502. Distinction.
503. Suite.
504. L'arrestation provisoire ne peut avoir lieu que si la dette est échue et exigible.
505. Il n'est pas nécessaire que le créancier produise des titres écrits.
506. Il suffit aussi que le titre soit sérieux en apparence et mette les présomptions du côté du créancier.
507. L'arrestation provisoire peut avoir lieu pour toute espèce de dettes et quelle qu'en soit la cause, pourvu que la somme ne soit pas inférieure à 150 fr.
508. Examen d'un arrêt de la cour de cassation qui paraît restreindre la généralité de cette proposition.
509. L'arrestation provisoire peut être ordonnée pendant le procès sur le fond.
510. C'est le président du tribunal qui autorise l'arrestation provisoire.
511. Il est saisi par une requête.
Cette requête n'est pas soumise à communication.
512. L'étranger peut appeler.
513. L'appel se porte à la cour.
514. Du pourvoi en cassation.
515. Le président doit commettre un huissier pour opérer l'arrestation provisoire.
516. Durée de l'emprisonnement provisoire.
517. Suite.
518. Suite.
519. Transition à l'article suivant, qui continue à s'occuper de l'arrestation provisoire.

---

[1] Sirey, 31, 2, 172. — Dall., 31, 2, 100. Palais, 1831, t. 1, p. 333.
[2] N° 1528.
[3] Coin-Delisle, p. 98, n° 6.
[4] *Suprà*, n° 487.
[5] Voy. 10 septembre 1807, art. 2.

COMMENTAIRE.

499. Menacé d'une inévitable condamnation, l'étranger que rien ne retient en France peut chercher dans une fuite soudaine une sauvegarde contre ses créanciers. Pour enlever à la mauvaise foi cette ressource facile, la loi établit ici une mesure de police [1]; elle permet de retenir l'étranger par une arrestation prompte et secrète dégagée d'un trop grand appareil judiciaire, mais provisoire de sa nature, et nécessairement temporaire [2]. Cette mesure ne doit pas être prodiguée; le juge n'en accordera l'exercice qu'en des circonstances graves; il consultera les faits; il examinera si les apparences d'évasion sont vraisemblables et s'il y a danger pour le créancier. La loi s'en rapporte à son impartialité et à sa prudence.

500. L'action dont s'occupe notre article, et qu'il a empruntée à la loi de 1807, n'est accordée qu'au créancier français [3]. L'étranger ne peut pas plus s'en prévaloir ici que dans le cas prévu ci-dessus au n° 496. Elle n'appartient pas non plus à l'étranger domicilié en France. Nous en avons dit les raisons au n° 497.

501. Mais supposons que l'obligation contractée originairement au profit d'un étranger soit devenue la propriété d'un Français. Le Français pourra-t-il user du bénéfice de l'arrestation provisoire aussi bien que si c'était envers lui que l'étranger débiteur se fût directement obligé *ab initio?*

Merlin a résolu cette question par une distinction [4] :

Ou le titre n'est passé dans les mains du Français que par une cession ordinaire, et alors l'étranger créancier n'a pu céder au Français plus de droits qu'il n'en avait lui-même; le Français ne sera donc pas fondé à demander l'arrestation provisoire.

Ou bien le titre était négociable par sa nature, comme une lettre de change, un billet à ordre, et alors le souscripteur est censé s'être engagé solidairement et directement envers tous les porteurs successifs; il est donc l'obligé direct du Français entre les mains duquel un endossement a fait passer le billet.

Cette déduction nous paraît légitime.

502. Le second membre en est consacré par la jurisprudence des plus nombreux arrêts [5]. Il me semble hors de toute controverse raisonnable, et je suis entièrement d'avis de repousser le sentiment des arrêts [6] et des auteurs contraires [7]. Sinon, on méconnaîtrait le caractère essentiel et distinctif des effets négociables [8], qui est de rendre tous les obligés débiteurs solidaires et directs du porteur.

503. Le second membre de la distinction de Merlin présente plus de difficulté, et Fœlix donne des raisons spécieuses pour le repousser. Ne suffit-il pas en effet qu'au moment de la demande la chose soit due à un Français? Que dit l'article 14 de la loi de 1832, reproduction de l'article 1er de la loi de 1807? Que la contrainte par corps est attachée de plein droit à tout jugement de condamnation rendu contre un étranger au profit d'un Français. Il suffit donc qu'un jugement de condamnation soit intervenu pour que l'étranger soit contraignable par corps. La loi ne s'enquiert pas de l'origine de la dette; elle ne s'attache qu'au fait de la condamnation, joint à la qualité de celui qui l'a obtenue et à la qualité de celui qui a été condamné.

Puis vient l'art. 15 qui autorise l'arrestation provisoire pour *toute dette*. Et comment cet article aurait-il fait une distinction entre les dettes directement contractées envers des Français et celles qui ne sont passées dans les mains d'un Français que par une cession? Il ne fait qu'autoriser une mesure provisoire dans les cas que l'art. 14 tranche d'une manière définitive. Il n'avait donc pas plus à distinguer que l'art. 14.

On le voit, cette argumentation serait invincible si l'art. 14 de la loi de 1832 avait toute l'énergie que lui prête Fœlix. Mais faisons attention à un point important dont il ne paraît pas assez préoccupé : c'est que l'étranger qui n'a pas directement contracté avec un Français n'est pas justiciable des tribunaux français [9]; c'est par conséquent qu'ayant directement contracté avec un étranger, il peut demander son renvoi devant les tribunaux étrangers; c'est, en un mot, qu'il a toujours moyen d'empêcher un tribunal français de prononcer cette condamnation à laquelle l'article 14 de la loi du 17 août 1832 attache la contrainte par corps.

Partant de là, une chose paraît évidente : c'est que la même exception qui peut paralyser

---

[1] Expressions de Treilhard (*Exposé des motifs de la loi de* 1807).

[2] *Infrà*, n° 510.

[3] *Suprà*, n° 497.

[4] *Quest. de droit*, v° *Étranger*, § 4, n° 3 et 4.

[5] Douai, 7 mai 1828. *Pasicrisie*, à cette date. Cass., 25 septembre 1829 (rejet); *ib.* Palais, 1830. t. 3, p. 92 Paris, 29 novembre 1831. *Pasicrisie*, à cette date, Palais, 1832, t. 1, p. 5. Caen, 12 janvier 1839. *Pasicrisie*, à cette date.

[6] Br., 25 mars 1826. Rapporté par Merlin, *loc. cit.* Douai, 27 février 1828. *Pasicrisie*, à cette date. Palais, 1828, t. 2, p. 553. Aix, 25 août 1828. *Pasicrisie*, à cette date.

[7] Le Recueil de Dall., t. 12, p. 100.

[8] *Junge* Coin-Delisle, p. 100, n° 7. Fœlix, sur l'art. 15, n° 9.

[9] Art. 14, C. civ.

dans les mains du Français le bénéfice de l'article 14 peut, à plus forte raison, arrêter l'effet de l'article 15 [1].

501. Pour motiver sa requête en arrestation provisoire, le créancier français doit faire apparaître d'une dette échue ou exigible. Si la dette était à terme, le créancier ne devrait s'en prendre qu'à lui-même d'avoir accordé des délais; il devrait attendre [2].

505. Il n'est pas absolument nécessaire que le créancier exhibe des titres écrits; la loi n'en fait pas une nécessité; elle aurait manqué son but si elle se fût rigoureusement attachée à la production de titres formels. Les fournisseurs, les maîtres d'hôtel garni, les tailleurs, les cordonniers et autres, qui sont le plus exposés à être dupes des étrangers, n'ont presque jamais de titres réguliers; et c'est cependant à eux que la loi a plus particulièrement voulu porter secours et protection [3].

506. Il n'est même pas nécessaire que le titre soit incontesté; il suffit qu'il soit sérieux en apparence, et qu'il mette les plus fortes présomptions du côté du créancier [4].

507. Quelle que soit l'obligation que l'étranger a contractée envers un Français, qu'elle provienne d'un contrat ou d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, elle peut motiver la mesure de police autorisée par notre article. Il suffit que la somme ne soit pas inférieure à 150 fr., à ce *minimum* que l'article 14 a assigné pour l'arrestation définitive. Comme l'arrestation provisoire a pour but d'assurer les effets de la condamnation définitive à l'emprisonnement, il est évident qu'elle ne peut avoir lieu que dans les cas où la contrainte par corps a également lieu.

508. J'ai dit que, pour le surplus, l'arrestation provisoire peut avoir lieu pour toute espèce de dette.

Je trouve cependant un arrêt de la chambre des requêtes, du 22 avril 1818, qui paraît mettre en doute cette proposition [5].

Guidoty, Espagnol, était dépositaire d'une voiture qui lui avait été remise par Mendiri; ce dépôt n'était constaté que par un acte sous seing privé. Mendiri demanda l'arrestation provisoire de Guidoty qui refusait de lui rendre sa voiture. Il l'obtient du président du tribunal de Bayonne. Mais un arrêt de la cour royale de Pau, du 14 décembre 1816, décide que la loi de 1807 n'a en vue que les dettes ordinaires et non pas la restitution d'un dépôt.

Pourvoi en cassation et, par un arrêt du 22 avril 1818, rejet ainsi motivé :

« Attendu que la loi du 10 septembre 1807, comme loi d'exception, doit être bornée dans son application aux cas prévus par son article 2, et que, ne parlant dans cet article que des dettes échues et exigibles, elle ne pouvait évidemment s'appliquer au cas où il n'était question que d'un dépôt dont l'acte n'était ni reconnu ni en forme exécutoire. »

Il faut le remarquer, l'arrêt de rejet a beaucoup moins de portée que l'arrêt de Pau; celui-ci établit nettement que la loi de 1807 ne s'étend pas à la restitution d'un dépôt; l'autre ne rejette le pourvoi que parce que l'acte de dépôt n'est ni reconnu ni en forme exécutoire. De telle sorte que si l'acte eût été reconnu, ou qu'il eût été en forme exécutoire, la restitution du dépôt aurait pu motiver une arrestation provisoire.

La proposition que nous avons émise au nº 507 est donc plutôt confirmée qu'ébranlée par l'arrêt de rejet du 22 avril 1818. Cet arrêt n'a statué, en réalité, que sur une espèce où le titre de créance n'était pas, d'après les circonstances de la cause, assez probant.

509. L'arrestation provisoire peut intervenir comme incident dans l'instance en condamnation. Il est possible que ce soit précisément pendant le procès sur le fond que le danger de cette mesure de police se fasse plus particulièrement sentir [6]. Notre article autorise cette opinion d'une manière formelle par les premiers mots dont il se sert.

510. C'est au président du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel se trouve l'étranger non domicilié qu'est conféré le droit d'ordonner l'arrestation provisoire. Comme la mesure est provisoire et rapide, il n'était pas nécessaire d'exiger l'intervention du tribunal.

511. C'est par une requête que le président est saisi. Cette requête n'est pas soumise à communication à la partie adverse; il n'est pas non plus nécessaire d'entendre le ministère public; il est même inutile que le créancier justifie d'une signification et d'un commandement fait au débiteur étranger, en vertu de l'article 780 du Code de procédure civile [7]. Rappelons, en effet, le caractère attribué par Treilhard à l'arrestation provisoire [8]. C'est une mesure de police. L'appareil et les avertissements judiciaires y seraient de trop; ils donneraient l'éveil au débiteur et feraient perdre un temps précieux. Ce serait, comme dit un proverbe judiciaire, vouloir *prendre un lièvre au son du tambour* [9]. L'ordre de s'assurer de la personne du

[1] *Junge* Coin-Delisle, p. 100, nº 7.
[2] Treilhard. Pardessus, nº 1524.
[3] Merlin, *Quest. de droit*, vº *Étranger*, § 4, nº 2, qui rappelle l'anecdote du Russe fugitif. *Suprà*, nº 487. Coin-Delisle, p. 100, nº 6.
[4] Cass., 26 octobre 1809. Dall., t. 12, p. 106. Paris, 20 novembre 1831 (Dall., 32, 2, 34). *Pasicrisie*, à cette date.
[5] Dall., t. 12, p. 104. *Pasicrisie*, à cette date. Palais. 1819, t. 3, p. 5.
[6] Coin-Delisle, p. 99, nº 4.
[7] *Infrà*, nº 713, et art. 32.
[8] *Suprà*, nº 499.
[9] Ferrière sur Paris, art. 173, § 8.

débiteur ne saurait être donné ni trop promptement ni avec trop de secret [1].

512. L'étranger peut se pourvoir par appel contre l'ordonnance du président [2].

513. Mais il suivrait une marche irrégulière s'il portait devant le tribunal entier cet acte du président. Ce magistrat statue dans un ordre de compétence qui constitue un premier degré de juridiction. Il n'est pas le représentant du tribunal; il est un tribunal à lui tout seul [3].

514. Quant au pourvoi en cassation, il ne serait pas utile s'il ne faisait que contester les motifs qui ont déterminé le juge de la cause. L'appréciation de ces motifs a été souverainement remise à ce dernier [4].

515. Le président doit, dans son ordonnance, commettre un huissier pour opérer l'arrestation provisoire.

516. Par sa nature de mesure provisoire et rapide, l'arrestation dont il s'agit ici doit être nécessairement fort limitée dans sa durée. La loi du 10 septembre 1807 n'avait pas pris la précaution de lui assigner un terme, et l'on avait abusé de son silence. On a cité un colonel S***, citoyen des États-Unis, qui avait été détenu pendant plus de vingt ans à Sainte-Pélagie en vertu d'une décision provisoire [5].

Ces abus de pouvoir ne peuvent plus se reproduire. La loi nouvelle veut que le provisoire passe avec promptitude à un état définitif et régulier. Elle oblige le créancier à se pourvoir en condamnation dans le huitième jour de l'arrestation. Elle présume qu'une fois engagé au fond, le procès marchera avec célérité; l'étranger défendeur a d'ailleurs les moyens d'en presser la décision.

517. Si le créancier néglige de se pourvoir ainsi qu'il vient d'être dit, le débiteur a droit de demander son élargissement. Il se pourvoit en référé devant le tribunal au moyen d'une assignation donnée au créancier par le ministère de l'huissier précédemment commis pour l'arrestation. A défaut de cet huissier, le détenu en fait commettre un autre sur requête nouvelle. L'assignation est donnée au créancier au domicile élu par l'écrou [6].

518. Par cela seul que le créancier a laissé écouler huit jours sans se pourvoir en condamnation définitive, le droit de mise en liberté est acquis au détenu. Le créancier est coupable de négligence et rien ne saurait le relever.

On a pensé cependant que si sa demande en condamnation, quoique postérieure à la huitaine de l'arrestation, était intentée avant que le débiteur n'eût profité de la faculté que lui accorde l'article 15, ce dernier serait non recevable dans sa demande de mise en liberté. On croit pouvoir s'appuyer sur un argument tiré de l'article 803 du Code de procédure civile [7].

Je ne partage pas cette opinion. Les textes de l'article 803 et de l'article 15 de la loi de 1832 sont trop différents et trop éloignés l'un de l'autre pour qu'ils puissent s'expliquer mutuellement. La loi de 1832 n'a pas répété la fin de non-recevoir de l'article 803. Cela suffit. Elle est conçue d'ailleurs en termes si impératifs pour le créancier, que la négligence de celui-ci à s'y conformer ne saurait être couverte par une fin de non-recevoir de pure induction.

519. L'article suivant complète la matière de l'arrestation provisoire. Nous allons nous en occuper.

Article 16.

L'arrestation provisoire n'aura pas lieu ou cessera si l'étranger justifie qu'il possède sur le territoire français un établissement de commerce ou des immeubles, le tout d'une valeur suffisante pour assurer le payement de la dette, ou s'il fournit pour caution une personne domiciliée en France et reconnue solvable [8].

SOMMAIRE.

520. De l'étranger qui possède en France des immeubles ou qui y a un établissement de commerce.
521. Suite. Le président ne doit pas tenir compte d'une fortune purement mobilière.
522. C'est le président qui examine les questions relatives aux garanties offertes par l'étranger.
523. Du bail d'une caution.
524. C'est devant le président qu'elle doit être fournie.

---

[1] Treilhard, *Exposé des motifs. Infrà*, nos 7, 614.
[2] Arg. de l'art. 20, *infrà*. Cass., 22 avril 1818 (Dall., t. 12, p. 104). Pau, 27 mai 1830 (S., 31, 2, 54). Caen, 12 janvier 1832 (Dall., 32, 2, 35). *Pasicrisie*, à cette date.
[3] Pau, *loc. cit.* Bordeaux, 6 décembre 1833 (S., 34, 2, 225).
[4] Cass., 25 septembre 1829. *Pasicrisie*, à cette date.
[5] Loubens et Bourbon-Leblanc, p. 172.
[6] Art. 805, C. proc.
[7] Coin-Delisle, p. 101, no 10.
[8] Voy. loi du 10 septembre 1807, art. 3.

COMMENTAIRE.

520. Ce que la loi a voulu éviter en autorisant l'arrestation provisoire, c'est une fuite qui prive le créancier de son gage et qui ne laisse après elle aucune trace du passage ou du séjour du débiteur étranger [1]. Elle n'a donc pas d'utilité lorsque ce dernier possède sur le territoire français un établissement de commerce ou des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le payement de la dette.

521. Si ces conditions sont notoires, le président pourra d'office se prévaloir de la connaissance qu'il en a, et refuser au créancier l'arrestation provisoire. La loi s'en rapporte à sa prudence. Il n'oubliera pas, du reste, que la loi exige un gage stable, des biens immeubles, ou un établissement de commerce, et qu'il ne faut pas tenir compte d'une fortune purement mobilière, de nature à disparaître d'un instant à l'autre.

522. Si le président est dans l'ignorance des faits, et que l'arrestation soit ordonnée, le débiteur étranger pourra se pourvoir par-devant lui pour offrir les justifications convenables. Que s'il prouve qu'il est propriétaire en France de biens d'une valeur suffisante, le président fera cesser l'arrestation. Le tribunal n'a pas ici la compétence qui ordinairement lui appartient en matière d'élargissement [2]. Nous avons vu par l'article 15 que toute cette matière a été remise à l'autorité du président. Si cette autorité a paru seule indiquée par la nécessité de saisir avec promptitude l'étranger dont on redoute la disparition, elle n'est pas moins indiquée pour arriver, quand il le faut, à son élargissement avec toute la célérité désirable. La loi n'a pas deux poids et deux mesures : il n'y a pas une procédure plus sommaire quand il s'agit d'arrêter, et une procédure plus lente dans ses formes quand il s'agit d'élargir [3].

523. Faute de biens immeubles ou d'un établissement commercial, l'étranger peut fournir une caution. Il faut que cette caution soit domiciliée en France et qu'elle soit reconnue solvable. Remarquez que l'article 16 n'exige pas que le fidéjusseur soit un Français; il suffit qu'il joigne à la solvabilité un domicile en France. Le législateur ne demande même pas que la caution ait son domicile dans le ressort de la cour royale, conformément à l'article 2018 du Code civil. Comme il s'agit ici d'une mesure provisoire qui intéresse la liberté, la loi ne s'est pas montrée aussi exigeante que d'habitude.

524. C'est encore devant le président que le bail de caution doit être fait. Nous en avons dit les raisons au n° 522.

ARTICLE 17.

La contrainte par corps exercée contre un étranger en vertu de jugement pour dette civile ordinaire ou pour dette commerciale cessera de plein droit après deux ans lorsque le montant de la condamnation principale ne s'élèvera pas à 500 francs;

Après quatre ans lorsqu'il ne s'élèvera pas à 1,000 francs;

Après six ans lorsqu'il ne s'élèvera pas à 3,000 francs;

Après huit ans lorsqu'il ne s'élèvera pas à 5,000 francs;

Après dix ans lorsqu'il sera de 5,000 francs et au-dessus.

S'il s'agit d'une dette civile pour laquelle un Français serait soumis à la contrainte par corps, les dispositions de l'article 7 seront applicables aux étrangers, sans que toutefois le minimum de la contrainte puisse être au-dessous de deux ans.

SOMMAIRE.

525. D'après la loi de 1807, la contrainte par corps contre les étrangers était perpétuelle.
Abus de cet état de choses.

526. L'art. 17 lui assigne un terme.

527. Système adopté par cet article.
Pourquoi il a dû se rapprocher du système suivi

---

[1] Expression de Treilhard, *Exposé des motifs*.
[2] Art. 805, C. proc.

[3] Pardessus, n° 1527. *Contrà*, Coin-Delisle, p. 102, n° 2.

en matière de contrainte par corps commerciale.
528. Dans quels cas l'art. 17 se rapproche des principes suivis en matière de contrainte par corps civile.
529. Le *minimum* de la contrainte est de deux ans.
Le *maximum* est de dix ans.
530. Do quel jour est censé dater l'emprisonnement, alors qu'il y a arrestation provisoire?

COMMENTAIRE.

525. D'après la loi de 1807, la contrainte par corps contre les étrangers était perpétuelle [1]. Le colonel S***, citoyen des États-Unis, detenu à Sainte-Pélagie depuis 1808, et William Peakok, sujet de la Grande-Bretagne, arrêté en 1820 à la requête de son tailleur pour une somme de 292 francs, firent de vains efforts pour faire décider qu'après cinq ans l'incarceration de l'étranger devait prendre fin. Ils échouèrent [2]; la loi ne portait aucune limite; elle rentrait dans le système du Code civil, qui laissait à la contrainte par corps une durée indéfinie [3].

526. Une amélioration était désirable sous ce rapport. Jacquinot-Pampelune la réclama avec instance [4]. Son vœu a été accompli par notre article.

527. On remarquera que la loi de 1832 a adopté une échelle progressive, conformément au système de l'article 5. La raison de cette imitation se fait sentir d'elle-même. A l'égard des étrangers, la contrainte par corps est légale; elle est attachée de plein droit à tout jugement de condamnation; elle se rapproche donc par les liens les plus intimes de la contrainte par corps commerciale; elle devait en suivre les errements.

528. Ce n'est que lorsque la contrainte par corps est de celles qui sont de nature à atteindre les Français non négociants qu'alors le législateur en revient au système de l'article 7. Il faut recourir à nos observations sur cet article [5] pour comprendre la raison des différences qui règnent entre ces deux systèmes. Cette raison explique pourquoi ces deux systèmes se sont reproduits dans notre article.

529. L'article 7 fixe à deux ans le *minimum* de la contrainte par corps contre les étrangers. Le *maximum* est de dix ans. Les épreuves de solvabilité doivent être plus longues lorsqu'il s'agit d'étrangers dont les ressources sont plus cachées et d'une vérification plus difficile.

530. Lorsque l'étranger a été mis en arrestation provisoire, en vertu de l'article 15, la durée de la contrainte par corps doit équitablement courir du jour de cette arrestation [6].

ARTICLE 18.

Le débiteur étranger, condamné pour dette commerciale, jouira du bénéfice des articles 4 et 6 de la présente loi. En conséquence, la contrainte par corps ne sera point prononcée contre lui, ou elle cessera dès qu'il aura commencé sa soixante et dixième année.

Il en sera de même à l'égard de l'étranger condamné pour dette civile, le cas de stellionat excepté.

La contrainte par corps ne sera pas prononcée contre les étrangers pour dettes civiles, sauf aussi le stellionat, conformément au premier paragraphe de l'article 2066 du Code civil, qui leur est déclaré applicable.

SOMMAIRE.

531. Du privilége de l'âge et du sexe.
532. Des septuagénaires étrangers.
533. Des femmes étrangères.
534. Des mineurs. Critique d'un arrêt de la cour royale de Paris.

---

[1] *Suprà*, n° 487. *Infrà*. n° 690.
[2] Voy. cependent un arrêt de Paris du 6 juillet 1816, affaire Mallens. Portugais, qu'approuvent à tort Loubens et Bourbon-Leblanc, p. 170.
[3] *Suprà*, n°s 43, 420 et 429.
[4] *Suprà*, n° 487.
[5] *Suprà*, n° 435.
[6] Fœlix, sur l'art. 17. Coin-Delisle, p. 102, col. 2, n° 2.

COMMENTAIRE.

531. Notre article s'occupe du privilége de l'âge et du privilége du sexe; il décide que ce privilége appartient aux étrangers comme aux nationaux.

532. Ainsi les septuagénaires étrangers sont affranchis de la contrainte par corps, soit en matière commerciale [1], soit en matière civile [2], à moins qu'il n'y ait stellionat [3]. La vieillesse a droit à la même pitié, soit qu'elle s'appesantisse sur un étranger, soit qu'elle s'appesantisse sur un citoyen.

533. Les femmes étrangères jouissent aussi du privilége établi par l'article 2066 [4]; il n'y avait pas de raison pour le leur refuser. Le stellionat seul le fait cesser; tel est le droit commun [5].

Mais si la femme étrangère fait le commerce, elle est, comme la femme française marchande publique, passible de la contrainte par corps [6].

534. A l'égard des mineurs, il existe un arrêt de la cour de Paris du 19 mai 1830 [7] qui, sous l'empire de la loi de 1807, a décidé que le mineur étranger ne devait jouir d'aucun privilége; que cette loi était une loi de police et de sûreté destinée à protéger l'intérêt national contre les étrangers; qu'elle n'admettait pas d'exception, et s'étendait aux mineurs comme aux majeurs.

Cette jurisprudence est trop rigoureuse; elle exagère la pensée de la loi de 1807; mais elle est surtout inconciliable avec la loi de 1832, qui veut que, sous le rapport des priviléges personnels dérivant de l'âge et du sexe, il y ait parité entre les étrangers et les nationaux. Un mineur, quelle que soit son origine, est toujours restituable contre ses contrats, surtout lorsque sa liberté peut en être affectée. Ce n'est pas d'ailleurs en vue des mineurs que la loi s'est armée de sévérité contre les étrangers; c'est contre ceux qui viennent se jouer de la crédulité et de la bonne foi des Français. Or, un mineur est plus sujet à être trompé qu'à tromper les majeurs.

---

[1] *Suprà*, nos 414 et 427.
[2] *Suprà*, no 291.
[3] *Suprà*, no 292.
[4] *Suprà*, no 296 et suiv.
[5] *Suprà*, no 306.
[6] *Suprà*, nos 315, 355, 385.
[7] Dall., 30, 2, 198. *Pasicrisie*, à cette date.

TITRE IV.

DISPOSITIONS COMMUNES AUX TROIS TITRES PRÉCÉDENTS.

ARTICLE 19.

La contrainte par corps n'est jamais prononcée contre le débiteur au profit

1° De son mari ni de sa femme;

2° De ses ascendants, descendants, frères ou sœurs, ou alliés au même degré.

Les individus mentionnés dans les deux paragraphes ci-dessus, contre lesquels il serait intervenu des jugements de condamnation par corps, ne peuvent être arrêtés en vertu desdits jugements. S'ils sont détenus, leur élargissement aura lieu immédiatement après la promulgation de la présente loi.

SOMMAIRE.

535. Des personnes entre lesquelles la contrainte par corps ne peut être prononcée par des motifs de rapports de famille.

536. Dans l'ancienne jurisprudence, on allait jusqu'à exempter les associés entre eux de la contrainte par corps, à cause de la fraternité qui doit exister dans les sociétés.

Lacune du Code civil.

537. Exposé de la loi de 1832.

538. Faut-il tenir compte de la parenté naturelle aussi bien que de la parenté légitime?

539. De l'affinité; et du cas où l'époux qui la produisait est décédé.

540. A quel degré de parenté s'arrête la fin de non-recevoir établie par notre article?

541. Elle profite au débiteur qui, depuis l'incarcération, est devenu allié au degré indiqué par notre article.

542. Du cas où la créance, existant originairement entre parents, change de mains et tombe dans les mains d'un étranger. Renvoi.

543. Dans cette matière, il ne faut pas confondre avec la contrainte par corps certaines mesures de coaction ou de coercition qui n'ont pas ce caractère.

COMMENTAIRE.

535. La contrainte par corps est une voie rigoureuse et extrême; elle n'est jamais favorable; elle a même quelque chose d'odieux comme la peine avec laquelle elle a tant de rapports [1]. C'est pourquoi le législateur cherche plutôt à la restreindre qu'à l'étendre, et lorsqu'il se présente un motif d'humanité, il le prend en considération pour laisser à la liberté la préférence sur le crédit.

Or, ne serait-ce pas faire de la contrainte par corps un usage détestable que de permettre à un créancier de l'exercer contre son propre époux? Que dire aussi de l'impiété d'un fils qui voudrait arrêter son père; d'un père qui traînerait son fils en prison, d'un frère qui mettrait son frère sous les verrous? La loi ne saurait être l'instrument et l'*impium præsidium* de ces actes dénaturés. Elle, qui s'incline devant le respect dû à l'âge [2], elle devait à plus forte raison désarmer ses rigueurs devant la parenté.

536. Tel est l'objet de notre article [3]. Le germe en existait dans l'ancienne jurisprudence. On allait même jadis beaucoup plus loin; car, sous prétexte de la fraternité qui

[1] *Suprà*, nos 9 et 10. Peckius, *De jure sistendi*, ch. 2, n° 7.

[2] Art. 2066. *Suprà*, n° 291.

[3] *Infrà*, n° 681.

existe d'associé à associé, on n'accordait pas la contrainte par corps à un associé contre l'autre [1].

Le Code civil avait gardé le silence sur ces fins de non-recevoir tirées des motifs d'affection et des égards de famille [2], et ce silence avait laissé croire que les tribunaux n'y devaient plus avoir égard. Il fallait donc que la loi nouvelle, destinée à réparer les lacunes des anciennes, déclarât la volonté du législateur, et éliminât toute interprétation contraire à la nature et à l'équité. C'est ce qui a été fait dans une juste mesure. On remarquera que la parenté dont elle tient compte est la parenté naturelle, et non une fraternité figurée et métaphorique.

537. Ainsi donc, d'époux à époux même séparés de corps [3], de père à fils, de fils à père, de frère à frère, point de contrainte par corps [4]. Quelque sacrée que soit la dette, la voix du sang est encore plus sacrée. Ni pour compte de tutelle, ni pour lettre de change, ni pour aucune autre cause, la contrainte par corps n'a lieu entre personnes aussi étroitement liées par la parenté. Si l'affection manque, il faut que la pudeur reste.

538. La parenté naturelle a ici les mêmes droits que la parenté légitime. La contrainte par corps n'est pas favorable, il faut la restreindre dans ses plus strictes limites; la consanguinité est au contraire favorable, il faut en étendre les liens aussi loin que la loi ne défend pas d'aller.

539. Notre article prend également en considération les alliances au degré indiqué. Nous pensons même qu'en pareil cas l'affinité subsiste après le décès sans enfants de l'époux qui la produisait, et malgré le second mariage du survivant. Les articles 161 et 162 du Code civil, et 283 et 378 du Code de procédure civile, contiennent une règle plus générale et plus applicable à notre sujet que l'article 206 du Code civil, qui statue sur un cas particulier [5]. Toutes les fois qu'il s'agit de la bienséance et des bonnes mœurs, l'affinité n'est pas affectée par ces événements.

540. La fin de non-recevoir s'arrête aux frères et sœurs; elle ne s'étend pas aux oncles, aux cousins, etc.

541. Elle profite aux débiteurs qui, depuis l'incarcération, sont devenus les alliés du créancier au degré désigné dans notre article [6].

542. Lorsque la créance existant primitivement entre parents au degré prohibé change de mains, et qu'elle tombe dans les mains d'un créancier étranger, le droit de celui-ci à exercer la contrainte par corps doit être jugé d'après les principes que nous avons exposés ci-dessus nos 501, 502, 503.

543. Mais quand nous disons avec l'article 19 que la contrainte par corps est interdite aux personnes qu'il désigne, nous entendons parler de la contrainte par corps proprement dite, et non pas de certaines mesures de contrainte corporelles qu'on ne pourrait mettre sans erreur sur la même ligne que la contrainte par corps. La portée de cette observation se mesurera mieux si l'on se reporte à ce que nous avons enseigné ci-dessus n° 258.

Article 20.

Dans les affaires où les tribunaux civils ou de commerce statuent en dernier ressort, la disposition de leur jugement relative à la contrainte par corps sera sujette à l'appel; cet appel ne sera pas suspensif.

SOMMAIRE.

544. Notre article s'écarte du principe qui soumet l'accessoire à la même règle que le principal. Quoique la contrainte par corps soit demandée accessoirement à une somme dont le taux ne permet pas l'appel, on peut toujours appeler du chef relatif à la contrainte par corps.

545. Mais l'appel n'est pas suspensif.

546. Le bénéfice de l'appel n'est ouvert qu'au débiteur; il ne l'est pas au créancier.

COMMENTAIRE.

544. Si le législateur avait écouté la voix des principes rigoureux, l'article 20 ne serait pas dans la loi de 1832 [7]. Il faudrait le regretter; car sa disposition est humaine; elle est favorable à la liberté.

On s'est donc écarté, par un sentiment très-

---

[1] *Suprà*, nos 366 et 378.

[2] *Suprà*, n° 316.

[3] D'après le Code du canton de Vaud, le bénéfice existe même en cas de *divorce* (art. 1548).

[4] Code des Deux Siciles, art. 1932. C. sarde, art. 2113.

[5] Toullier, t. 9, n° 288. Coin-Delisle, p. 103, n° 1. Cass., rejet, 24 février 1825. D., 25, 1, 119, et la note de Dalloz et *Pasicrisie*.

[6] Coin-Delisle, p. 67, n° 106, et p. 103, n° 2. Arg. du § final de l'art. 19.

[7] *Suprà*, n° 261.

louable d'équité, du principe qui soumet l'accessoire au sort du principal; principe qui, faute de texte exceptionnel, faisait en cette matière la règle de l'ancienne jurisprudence. Le chef de tout jugement qui condamne à la contrainte par corps est considéré comme principal, quelle que soit la somme à laquelle il s'applique.

545. Mais l'appel du débiteur n'est pas suspensif dans ce cas particulier.

546. L'article 20 n'a été introduit que dans l'intérêt du débiteur; on ne saurait le rétorquer contre lui. Ainsi le créancier à qui le juge aurait refusé la contrainte par corps dans une affaire où il avait droit de statuer en dernier ressort ne pourrait pas interjeter appel.

Ce qui indique que dans la pensée du législateur l'article 20 n'est pas réciproque et suppose que le débiteur a été condamné, c'est le § final qui déclare l'appel non suspensif. Évidemment, cet appel qu'il prend soin de déclarer non suspensif est celui qui frappe le débiteur par un jugement de condamnation, et non pas l'appel interjeté contre un jugement qui l'exonère.

Article 21.

Dans aucun cas la contrainte par corps ne pourra être exécutée contre le mari et contre la femme simultanément pour la même dette [1].

SOMMAIRE.

547. Le mari et la femme ne peuvent être incarcérés simultanément.
548. Suite.
549. Suite.
550. Mais le juge ne doit pas moins prononcer la contrainte par corps contre le mari et la femme s'ils y sont sujets. Ce n'est que dans le cas d'exécution simultanée que l'art. 21 élève une fin de non-recevoir.
551. Si les dettes étaient distinctes et séparées, les deux contraintes pourraient s'exercer en même temps.

COMMENTAIRE.

547. L'article 21 continue la suite des tempéraments humains dont les deux articles précédents nous ont offert des exemples.

Lorsque la contrainte par corps a été prononcée pour la même dette contre le mari et la femme, le créancier ne peut la faire exécuter à la fois contre tous les deux. Il faut qu'il opte pour l'un ou pour l'autre. Il serait trop rigoureux de les atteindre simultanément; il faut laisser un gardien au foyer domestique, un soutien à la famille, un appui extérieur à l'incarcéré [2].

548. Les cas où le mari et la femme peuvent être soumis conjointement à la contrainte par corps ne sont pas fréquents. Cependant on peut en trouver des exemples lorsque le mari et la femme se sont rendus coupables d'un stellionat qui impliquerait le délit de l'un et de l'autre; ou bien lorsque la femme, marchande publique, a apposé sa signature sur des effets de commerce également signés par son mari [3].

549. Nous avons vu ailleurs [4] un autre exemple, donné par l'ancienne jurisprudence, de contrainte par corps simultanée contre le mari et la femme. Mais nous avons fait connaître les raisons qui, sous le droit nouveau, s'opposent à l'adoption de cette jurisprudence.

550. Remarquons, au surplus, que lorsque la dette est de nature à entraîner la contrainte par corps contre le mari et la femme, l'article 21 ne dispense pas le juge de l'obligation de la prononcer contre tous les deux. C'est seulement dans l'exécution qu'il y a fin de non-recevoir, par l'arrestation de l'un, contre l'emprisonnement de l'autre. La raison pour laquelle le juge doit prononcer la contrainte par corps contre ces deux débiteurs tout aussi bien que s'ils étaient étrangers l'un à l'autre, c'est qu'il faut laisser au créancier le droit de choisir entre les deux celui que son intérêt ou son humanité lui conseilleront de mettre à l'écart.

551. L'article 21 n'est fait que pour le cas où la contrainte par corps est attachée à une même dette. C'est dans ce seul cas qu'il doit rester renfermé.

---

[1] C'est ce qui existe en Suède. Code suédois, *Traité de l'exécution des jugements*, chap. 8, article 5.

[2] *Infrà*, n° 682, matières criminelles.

[3] Pour les matières criminelles, voy. *infrà*, l'art. 41.

[4] *Suprà*, n° 314.

Mais si les dettes étaient distinctes, les deux contraintes pourraient s'exécuter simultanément ou successivement [1]. Les termes de notre article conduisent à cette conclusion.

Article 22.

Tout huissier, garde du commerce, ou exécuteur des mandements de justice, qui, lors de l'arrestation d'un débiteur, se refuserait à le conduire en référé devant le président du tribunal de première instance, aux termes de l'article 786 du Code de procédure civile, sera condamné à 1,000 francs d'amende, sans préjudice des dommages et intérêts.

SOMMAIRE.

552. Mesures prises pour que le débiteur puisse être conduit en référé devant le magistrat s'il le requiert.
553. Suite.
554. Du tribunal compétent pour statuer sur l'arbitraire de l'officier ministériel qui refuse de conduire le débiteur en référé.

COMMENTAIRE.

552. On se rappelle que la loi, prévoyant le cas où le débiteur aurait quelque moyen légal de paralyser l'arrestation, lui permet de se faire conduire devant le président du tribunal pour référer à ce magistrat de ses plaintes et de ses griefs [2].

Pour que ce droit de plainte ne soit pas illusoire, notre article frappe d'une peine de 1,000 francs d'amende, sans préjudice des dommages et intérêts, l'exécuteur des mandements de justice, huissier, garde du commerce, qui refuserait de déférer à la réquisition du débiteur et de le conduire en référé. Le législateur a craint qu'il n'y eût une coupable intelligence entre l'exécuteur de la contrainte par corps et le créancier. On a vu des exemples de ces concerts frauduleux dans les villes, où d'abominables usuriers spéculent sur la contrainte par corps [3].

553. Le débiteur peut prouver par témoins le refus de l'huissier ou du garde du commerce. La preuve testimoniale s'applique particulièrement aux faits délictueux. Le débiteur peut même, en entrant dans la prison, et tant que l'écrou n'est pas terminé, réitérer sa réquisition [4]. Alors il ne peut être retenu.

554. Quel sera le tribunal compétent pour statuer sur les poursuites du débiteur? N'est-ce pas une sorte de détention arbitraire, justiciable des tribunaux correctionnels? Je le pense. L'amende infligée à l'officier ministériel donne à son fait le caractère d'un délit [5]; et, dès lors, c'est au tribunal de police correctionnelle que l'action doit être portée.

Article 23.

Les frais liquidés que le débiteur doit consigner ou payer pour empêcher l'exercice de la contrainte par corps, ou pour obtenir son élargissement, conformément aux articles 798 et 800, § 2, Code de procédure civile, ne seront jamais que les frais de l'instance, ceux de l'expédition et de la signification du jugement et de l'arrêt, s'il y a lieu; ceux enfin de l'exécution relative à la contrainte par corps seulement.

SOMMAIRE.

555. Les dépens ne sont pas une cause pour incarcérer le débiteur; mais ils sont une cause pour le retenir quand il est déjà incarcéré.
556. Quels étaient les dépens qui, sous l'empire du C. de proc. civile, pouvaient être une cause d'opposition à l'élargissement du débiteur?

---

[1] Duranton, t. 18, n° 481. Ginouvier, sur l'article 21. Coin-Delisle, p. 105, col. 1, n° 4.
[2] *Suprà*, n° 27. Art. 786, C. proc.
[3] Voy. Loubens et Bourbon-Leblanc, p. 263.
[4] Denian Crouzilhac, p. 482. Carré, n° 2694.
[5] Fœlix, sur l'art. 22.

557. Modification proposée par Jacquinot-Pampelune.
558. Sens de l'art. 23.
559. Il sert aussi à interpréter l'art. 798, C. proc.
560. Et à résoudre la question de savoir quels sont les frais que le débiteur non encore arrêté doit consigner pour éviter la contrainte par corps.
561. Proposition de Jacquinot-Pampelune non adoptée par l'art. 23.

COMMENTAIRE.

555. Les dépens ne sont jamais une cause de condamnation à la contrainte par corps [1]. Mais ils peuvent être une cause pour retenir le débiteur incarcéré pour un autre motif [2]. Les articles 798 et 800 du Code de procédure civile ont réglé ce point.

Mais quels sont ces dépens dont l'existence peut s'opposer à l'élargissement du débiteur? de quoi se composent-ils? quelle en est l'étendue?

556. Sous l'empire des articles 798 et 800 du Code de procédure civile, la jurisprudence avait pris une direction contre la sévérité de laquelle l'opinion des hommes éclairés s'était élevée. Laissons parler Jacquinot-Pampelune [3]: « Suivant l'article 798 du Code de procédure » civile, le débiteur arrêté, mais non encore » écroué, doit être mis en liberté s'il offre et » consigne, en cas de refus, les *causes de son* » *emprisonnement* et les frais de capture.

» Mais l'article 800 décide que le débi» teur, une fois qu'il est légalement incarcéré, » n'obtiendra son élargissement que sur le » payement ou la consignation de la dette » principale, des intérêts échus, *des frais li-* » *quidés, de ceux d'emprisonnement, et de la* » *restitution des aliments consignés.*

» De la combinaison de ces deux articles, » presque tous les tribunaux ont tiré la consé» quence que si, au moment de son arrestation » et avant d'être écroué, le débiteur arrêté » payait ou consignait le principal et les inté» rêts de la dette, qui *sont les causes de l'in-* » *carcération*, puisque la contrainte par corps » ne peut être exercée pour les dépens, et s'il » ajoutait le montant des frais de capture, il » devait être mis en liberté.

» Tandis, au contraire, que s'il se laisse » écrouer, il est rigoureusement tenu de se con» former à l'article 800 du même Code, et ne » peut plus obtenir sa liberté qu'en payant, en » sus du principal, des intérêts, des frais de » capture et des aliments consignés, le mon» tant de tous les frais liquidés, c'est-à-dire » non-seulement des frais faits pour parvenir » à la condamnation, mais encore de tous les » frais d'exécution, même de ceux par exemple » d'une saisie interposée sur ses meubles par » suite de cette même condamnation.

» Les conséquences de cette application ju» daïque de l'article 800 sont tellement rigou» reuses, qu'un malheureux débiteur incarcéré » pour une dette commerciale de 120 fr., et » qui, au moment de son arrestation et avant » d'être écroué, serait devenu libre en payant » uniquement le principal, les intérêts et les » frais de capture, c'est-à-dire environ 200 fr., » ne peut souvent obtenir la liberté, une fois » qu'il est écroué, qu'en payant ou consignant » une somme de 1,000 à 1,200 fr.; en sorte » que l'exorbitance d'une dette grossie par des » frais qui n'ont rien de commun avec la con» trainte par corps prolonge la détention outre » mesure, en mettant le débiteur dans l'impos» sibilité de se libérer et en ne permettant plus » aux personnes bienfaisantes, qui s'occupent » avec tant de zèle du sort des détenus pour » dettes, de venir au secours de ce débiteur » lorsqu'il a un créancier assez dur pour ne rien » vouloir céder de la rigueur de son droit. »

557. La pensée de Jacquinot-Pampelune est donc celle-ci: Les frais faits pour arriver à la condamnation du débiteur et à sa capture seront seuls pris en considération lorsqu'il s'agira de lever la contrainte par corps. Il ne faut pas y ajouter les frais qui n'ont rien de commun avec la contrainte par corps, les frais faits, par exemple, pour faire exécuter le jugement par la saisie des meubles et des immeubles. Il faut enlever à certains huissiers, trop disposés à aggraver la situation des débiteurs par de rigoureuses exécutions [4], cette malveillante interprétation de l'article 800 au moyen de laquelle ils font précéder la contrainte par corps par des saisies mobilières dispendieuses, écrasantes, dont le poids vient s'ajouter au poids de la contrainte par corps et emprunter ses rigueurs.

558. Et quels sont plus précisément ces frais que la loi considère comme étrangers à la contrainte par corps? Ce sont ceux qui sont en dehors des frais de l'instance, du jugement et de l'exécution relative à la contrainte par corps. Il n'y a que ceux-ci qui puissent faire obstacle à l'élargissement. Telle est la pensée de notre article; tel est le mal auquel il a porté remède.

559. Il a un autre avantage: c'est de fixer le sens de l'article 798 du Code de procédure civile. Il donne clairement à entendre que cet article (en exigeant que le débiteur arrêté, mais non encore écroué, consigne, pour être mis en liberté, les causes de l'emprisonnement et les

[1] *Suprà*, n° 215.
[2] *Suprà*, n° 219.
[3] Proposit. de 1828.
[4] Jacquinot-Pampelune, *loc. cit.*

frais de capture) comprend dans ces expressions : *les causes de l'emprisonnement,* le principal, les intérêts et les frais faits pour parvenir à la condamnation [1]. On en doutait [2]. Quelques jurisconsultes pensaient que la consignation exigée par l'article 798 était chose distincte du payement ou de la consignation autorisée par l'article 800, § 2, du Code de procédure civile; qu'elle ne devait porter que sur les frais de capture et non sur les autres frais, lesquels ne sont jamais par eux-mêmes une cause d'emprisonnement, tandis que le payement ou la consignation autorisée par l'article 800, § 2, du Code de procédure civile, devait comprendre les frais liquidés.

Dans la discussion de la loi de 1832, on a ou sous-entendu ou admis sans discussion que l'article 798 et l'article 800, § 2, n'étaient pas, dans la pensée du législateur, plus exigeants l'un que l'autre; que la consignation exigée dans le cas de l'article 798 n'était pas différente de celle de l'article 800, § 2, et réciproquement; que ce qui suffisait dans un cas était suffisant dans l'autre; que la loi aurait été inexplicable à la fois et injuste si elle s'était montrée plus sévère dans le cas de l'article 800 que dans le cas de l'article 798; car, dans le cas de l'article 800, la procédure a fait un pas de plus. Le débiteur est écroué; il est d'un degré plus malheureux et plus digne de pitié ! Cette conformité des deux articles est du reste déclarée expressément dans notre article.

560. Voici une autre conséquence de l'article 23. Les articles 798 et 800 du Code de procédure civile supposent l'arrestation antérieure du débiteur ; mais, quand le débiteur n'est pas arrêté, la question s'est présentée de savoir ce qu'il devra offrir à son créancier pour empêcher la contrainte par corps. Suffira-t-il qu'il fasse offre du principal, des intérêts, des frais liquidés, et cela par argument de l'article 800 du Code de procédure civile, sans faire offre d'une somme pour frais non liquidés, conformément à l'article 1258, § 3, du Code civil? De telles offres, quoique insuffisantes d'après ce dernier article, seront-elles suffisantes au moins pour désarmer le créancier en ce qui concerne la contrainte par corps?

Sur ce point, il y avait controverse avant la loi de 1832 ; quelques tribunaux pensaient que le débiteur libre devait jouir des mêmes avantages que le débiteur arrêté; d'autres, et le tribunal de la Seine par exemple, pensaient que le débiteur n'était pas maître de diviser son payement [3], et que ses offres n'étaient valables qu'autant qu'elles comprenaient tout à la fois tous les frais liquidés et une somme pour les frais non liquidés, sauf à parfaire [4].

Jacquinot-Pampelune demandait, dans sa proposition de 1828, que cette situation fût réglée par la disposition de l'article 800 du Code de procédure civile, ne voyant pas pourquoi le débiteur ne devrait pas être délivré de la crainte de l'emprisonnement en faisant, avant l'arrestation, ce qu'il est autorisé à faire après.

Le texte de l'article 23 n'a pas été rédigé avec la précision que Jacquinot-Pampelune avait mise dans le développement de sa proposition. Il ne parle que des frais liquidés ; tandis que ce qui nous préoccupe ici c'est l'offre des frais non liquidés. Néanmoins, je pense que la loi de 1832 doit avoir pour influence et résultat d'adoucir la jurisprudence en matière de contrainte par corps, d'en éliminer tout ce qui ressemble au *summum jus*, et que dès lors l'opinion de Jacquinot-Pampelune doit servir de guide aux interprètes [5].

561. Il est cependant un point sur lequel la loi de 1832 s'est séparée des vœux de Jacquinot-Pampelune.

Il arrive quelquefois que le débiteur, pour obtenir des délais, paye des à-compte. Le créancier exige alors que ces à-compte soient imputés sur les frais; car ils sont moins privilégiés et moins favorables. Bientôt les pièces sont remises à un garde du commerce; la contrainte par corps s'exécute, et elle s'exécute pour une somme qui, si on avait suivi un autre système d'imputation, n'y donnerait pas lieu ; car supposez que les à-compte aient été imputés sur le capital, et qu'on ne les eût pas déplacés en les portant sur les frais, que serait-il arrivé? C'est que le capital aurait été éteint; c'est qu'il ne serait plus resté que les frais. Or, on sait que les frais ne sont jamais recouvrables par la contrainte par corps. Jacquinot-Pampelune proposait donc, et le projet de 1829 proposait avec lui, une disposition ainsi conçue : « Tous payements postérieurs à la condamnation par corps seront imputés de droit, » et nonobstant toutes stipulations contraires, » sur les causes de la contrainte par corps et de » l'emprisonnement. »

Quelque équitable que fût ce vœu, il portait cependant une trop grave atteinte à la liberté des conventions pour être admis. La commission de 1830 le rejeta, et la loi de 1832 ne lui a pas donné satisfaction [6]. Le créancier qui a l'humanité d'accorder des délais et des tempéraments à son débiteur n'est pas répréhensible si, en échange, il obtient de lui que les à-compte seront imputés sur la partie la moins privilégiée de la dette.

[1] Jacquinot-Pampelune, proposit. de 1828.
[2] Voy. Coin-Delisle, p. 62, n° 90, et p. 103, n° 2.
[3] Art. 1220, C. civ.
[4] Jacquinot-Pampelune. Coin-Delisle, p. 103, n° 3.
[5] Coin-Delisle est contraire, *loc. cit.*
[6] Fœlix, sur l'art. 23.

Article 24.

Le débiteur, si la contrainte par corps n'a pas été prononcée pour dette commerciale, obtiendra son élargissement en payant ou consignant le tiers du principal de la dette et de ses accessoires, et en donnant pour le surplus une caution acceptée par le créancier, ou reçue par le tribunal civil dans le ressort duquel le débiteur sera détenu [1].

Article 25.

La caution sera tenue de s'obliger solidairement avec le débiteur à payer, dans un délai qui ne pourra excéder une année, les deux tiers qui seront dus.

SOMMAIRE.

562. Pour obtenir l'élargissement, le débiteur est autorisé à payer une partie de la dette, sauf à donner des sûretés pour le surplus. Raison de ce point de droit qui déroge à certains principes de droit civil.
563. Il ne s'applique pas aux matières de commerce.
564. Étendue de ces expressions : *débiteurs civils*.
565. Comment se calcule le tiers libératoire quand des à-compte ont été payés?
566. Suite.
567. Des accessoires.
568. De la caution à fournir pour le surplus non payé.
569. Elle doit prendre l'engagement d'un payement prochain.
570. Elle n'est pas soumise de plein droit à la contrainte par corps, quand même celui qu'elle cautionnerait serait un comptable ou un traitant.
Raison de cette décision.
571. Du cas où le créancier n'est pas payé à l'échéance, et transition à l'article suivant.

COMMENTAIRE.

562. L'article 24 a été emprunté à l'article 18, titre 3 de la loi du 15 germinal an VI, ainsi conçu : « Toute personne légalement incarcérée peut obtenir son élargissement... « 3° par le payement du tiers de la dette et une « caution pour le surplus, consentie par le « créancier ou régulièrement reçue par le tri- « bunal qui a rendu le jugement d'exécution. » Et cet article était puisé dans un usage ancien d'après lequel le prisonnier pour dette qui payait le tiers de ce qu'il devait était élargi et déchargé de toute contrainte pour le payement de ce qui était dû [2].

Quand le débiteur met dans les mains du créancier le tiers de ce qu'il lui doit, et que pour le surplus il lui donne toute garantie d'un payement prochain, le créancier n'a plus de raison assez puissante pour prolonger la détention. On n'ignore pas cependant que le débiteur, en divisant ainsi le payement, nuit en quelque chose au créancier [3]; que le cautionnement n'est pas un payement [4], et que, par ce double motif d'un payement divisé et d'une caution substituée à un payement effectif, on impose au créancier des retards qui peuvent être préjudiciables. Mais ce dommage est léger en comparaison de la contrainte par corps qui pèse dans l'autre plateau de la balance. Il est humain de rendre la liberté au débiteur dont les efforts assurent au créancier qu'il ne perdra rien.

Telle a été la pensée de la loi de 1832 lorsqu'elle a rétabli la règle de l'an VI, trop sévèrement réformée par le Code civil [5].

563. Mais la loi de l'an VI ne faisait pas de différence entre les dettes civiles et les dettes commerciales; elle appliquait à tous les débiteurs le même tempérament. La loi de 1832 s'est montrée moins indulgente pour le débiteur commerçant. Le commerce exige ponctualité, exactitude scrupuleuse; les affaires y sont enchaînées les unes aux autres par des échéances

[1] Voy. C. sarde, art. 2115. Le C. autrichien, art. 280, se contente d'une caution. *Junge* C. suédois, tit. *Des exécutions des jugemants*, ch. 8, articles 2 et 4.
[2] Nouveau Denizart, v° *Élargissement*, n° 4.
[3] Art. 1220, C. civ.
[4] Peckius, *De jure sistendi*, ch. 31, n° 1. Je cite *infrà*, ses paroles et les textes. n° 635.
[5] Le Code civil était dans les vrais principes. *Infrà*, n° 635. Mais la loi de 1832 est plus dans l'équité.

précises. Il ne faut pas laisser aux débiteurs l'espérance de morceler ou d'ajourner les payements; sans quoi il n'y aurait plus dans les rapports commerciaux cette sûreté qui protége les affaires et qui en active le dénoûment pour en faire entreprendre de nouvelles. L'article 24 n'est donc pas fait pour le débiteur commerçant.

564. Mais il s'applique à tous les débiteurs civils, et l'on sait que sous cette dénomination la loi de 1832 (à tort ou à raison) comprend les débiteurs de l'État aussi bien que les débiteurs ordinaires [1]. Il s'applique également aux débiteurs étrangers [2].

565. Si des à-compte ont été payés depuis la condamnation et avant l'arrestation, le tiers à payer par le débiteur incarcéré n'est pas le tiers de la somme totale portée au contrat, mais le tiers du capital diminué par les à-compte et restant à payer [3]. Par exemple, Pierre est condamné à payer 20,000 fr., sous contrainte par corps; il paye sur-le champ 11,000 fr.; il ne reste plus débiteur que de 9,000 fr. Bientôt il est arrêté et incarcéré. Pour obtenir son élargissement, il lui suffira de payer 3,000 fr., le tiers de 9,000 fr., et de donner caution pour les 6,000 fr. restant dus.

566. Quant aux à-compte payés dans la prison, il est humain de les imputer sur le tiers libératoire [4]. Par exemple, Pierre, condamné à payer 24,000 fr., est arrêté et détenu; il paye, par un premier à compte, 4,000 fr., puis par un second à-compte, une autre somme de 4,000 fr.; je pense qu'il devra être élargi en donnant caution pour les 16,000 fr. restants; car il a véritablement payé le tiers de la dette.

567. Les accessoires ne doivent pas être oubliés; ce sont les intérêts et les frais, tels qu'ils sont définis par l'article 23.

568. En ce qui concerne la caution, il faut qu'elle soit agréée par le créancier ou reçue par le tribunal civil dans le ressort duquel le débiteur est détenu; elle doit avoir un domicile réel ou élu dans le ressort de la cour royale de ce tribunal [5], et remplir les conditions de solvabilité exigées par l'article 2019 du Code civil [6].

569. Ce n'est pas tout : d'après l'article 25, elle doit prendre, conjointement avec le débiteur, l'engagement solidaire de payer dans un an au plus les deux tiers qui resteront dus. — La loi a jugé nécessaire de rassurer le créancier par la certitude d'un payement prochain. En s'arrêtant à un *maximum* d'un an, l'article 25 a mieux fait que la loi de l'an VI, qui n'avait rien déterminé à cet égard et avait livré les choses à l'arbitraire.

570. Du reste, la caution n'est pas soumise de plein droit à la contrainte par corps [7]... Mais le serait-elle si le détenu était comptable de l'État ou traitant? Nous avons dit ci-dessus [8] que les cautions de ces débiteurs sont de plein droit soumises à la contrainte par corps; car la loi les présume associées et de compte à demi dans l'opération.

Mais tout ceci est inapplicable à notre espèce. Ce n'est pas comme comptable, ce n'est pas comme traitant que le débiteur est cautionné, c'est comme détenu. On ne peut pas dire que le fidéjusseur agit par l'intérêt qu'il a dans l'affaire. Il n'y a plus d'affaire. Au lieu de chercher en lui un spéculateur, il faut voir l'homme humain, bienfaisant, qui vient par générosité au secours d'un ami malheureux.

571. Qu'arrivera-t-il si à l'échéance le créancier n'est pas payé? Ce point est l'objet de l'article suivant.

Article 26.

A l'expiration du délai prescrit par l'article précédent, le créancier, s'il n'est pas intégralement payé, pourra exercer de nouveau la contrainte par corps contre le débiteur principal, sans préjudice de ses droits contre la caution.

SOMMAIRE.

572. Si les conditions promises ne sont pas remplies, la contrainte par corps reprend son cours.
573. Suite.
574. Suite et action contre la caution.

---

[1] *Suprà*, n° 453.
[2] Duranton, t. 18, p. 558, note Coin-Delisle, p. 106, col. 1, n° 1.
[3] Fournel sur la loi de germinal an VI, tit. 3, art. 18. Coin-Delisle, p. 106, col. 1, n° 2.
[4] Coin-Delisle, *loc. cit.*
[5] Art. 2018, C. civ. Voy. mon comm. du *Cautionnement*, n°s 190 et suiv.
[6] *Id.*, n°s 204, 206, 209, 211. *Infrà*, n° 656.
[7] *Suprà*, n° 144. *Infra*, n° 659.
[8] N°s 147, 148, 457 et 466.

COMMENTAIRE.

572. Si les promesses données en vertu de l'article précédent ne sont pas remplies à l'expiration du délai stipulé, le créancier peut exercer de nouveau la contrainte par corps. La contrainte n'avait été levée qu'en vue de conditions qui n'ont pas été remplies. Le créancier serait le jouet d'une tromperie s'il en était autrement.

573. Notez qu'une exécution pareille de la promesse ne serait pas satisfactoire. La loi a bien voulu accorder au débiteur un délai raisonnable, et autoriser un premier payement partiel. C'en est assez; sa patience doit avoir un terme, et si le payement n'est pas intégral, la contrainte sera reprise.

574. Bien entendu que le créancier sera maître d'agir contre la caution par toutes les voies qui sont en son pouvoir. Il a contre elle la solidarité [1]; il peut s'en prévaloir sans craindre l'exception de discussion [2]. Si même la caution s'est obligée sous contrainte par corps, comme elle pouvait [3], la contrainte exercée contre le débiteur principal n'empêchera pas la contrainte contre la caution.

ARTICLE 27.

Le débiteur qui aura obtenu son élargissement de plein droit, après l'expiration des délais fixés par les articles 5, 7, 13, 17 de la présente loi, ne pourra plus être détenu ou arrêté pour dettes contractées antérieurement à son arrestation et échues au moment de son élargissement, à moins que ces dettes n'entraînent, par leur nature et leur quotité, une contrainte plus longue que celle qu'il aura subie, et qui, dans ce dernier cas, lui sera toujours comptée pour la durée de la nouvelle incarcération.

SOMMAIRE.

575. L'art. 27 compare la contrainte par corps à une peine afin de lui appliquer les tempéraments admis en matière pénale. — Il n'est pas permis de faire subir successivement au débiteur toutes les contraintes par corps auxquelles il avait pu être condamné avant son arrestation.
576. 1re condition exigée par l'application de l'art. 27.
577. 2e *condition.*
578. 3e *condition.*
579. 4e *condition.*
580. Suite.
581. Suite.
582. Suite.
583. Suite.
584. Les avantages de l'art. 27 sont compensés par quelques légers inconvénients.
585. Le créancier qui a levé l'emprisonnement par sa volonté ne peut le reprendre. *Quid* s'il n'y avait eu qu'une trêve conventionnelle?

COMMENTAIRE.

575. L'article 27 est important et nouveau. Envisageant la contrainte par corps comme une peine [4], il s'empare de ce point de vue pour appliquer au débiteur une règle célèbre en droit pénal, savoir, que la plus forte peine absorbe les plus faibles, et qu'un individu reconnu coupable de plusieurs crimes ou délits doit subir seulement la peine la plus grave, et non pas subir successivement chacune des peines attachées à chacun de ces crimes ou de ces délits [5]. Ici que fait le législateur? Il réunit toutes les causes de la contrainte antérieures à l'arrestation, et il veut qu'elles soient purgées par l'incarcération qui a été subie. Que si l'une de ces causes entraîne une incarcération plus longue que celle qui expire, on se bornera à ajouter au temps d'incarcération révolu le surplus nécessaire pour parfaire. Par là le débiteur ne verra pas sa vie entière se consumer dans les prisons. Des recommandations successives et

---

[1] Art. 25.
[2] Art. 2021. Voy. mon comm. du *Cautionnement.*
[3] *Suprà*, n° 145.
[4] *Suprà*, nos 8 et 9.
[5] Art. 379, C. d'instruction criminelle.

trop habilement échelonnées ne viendront pas le retenir au moment où il croyait toucher le seuil de la liberté ; il ne sera pas replongé sans fin dans les angoisses de la geôle [1].

576. Mais, pour que le débiteur soit admis à jouir du bénéfice de l'article 27, plusieurs conditions sont requises :

La première, c'est que l'incarcération expire par la révolution du temps légal fixé par les articles 5, 7, 13, 17 [2]. L'expiration du *maximum* de ce temps légal fait supposer que le débiteur est sans ressources, et qu'une plus longue détention dégénérerait en vexation.

Mais si l'emprisonnement cesse par d'autres causes, par exemple parce que le débiteur a payé celui de ses créanciers qui avait mis la main sur sa personne, la présomption d'insolvabilité, loin de prédominer, fait place à une présomption contraire, et il est permis d'espérer qu'une nouvelle épreuve fera apparaître de nouvelles ressources.

Il en est de même si la contrainte a cessé par la remise qu'on a faite le créancier ; car, dans ce cas, l'épreuve de solvabilité n'est pas complète. Le droit de contrainte par corps reste entier [3].

577. La seconde condition est que la dette pour laquelle le créancier voudrait prolonger l'incarcération du débiteur ait été contractée avant l'arrestation. On en sent facilement la raison. Si elle était consentie après l'élargissement du débiteur, on pourrait supposer qu'il a acquis des ressources nouvelles et amélioré sa position. Et quant à l'hypothèse où le débiteur se serait obligé sous les verrous, elle n'est pas vraisemblable et admissible, et la loi n'en tient pas compte.

578. La troisième condition est que cette dette, antérieure à l'emprisonnement, soit échue au moment de l'élargissement. Comment le débiteur pourrait-il y faire honneur, puisque la preuve de son insolvabilité est éclatante, puisqu'il vient de laisser épuiser le *maximum* du temps légal sans pouvoir acquitter les causes de son emprisonnement? Un second emprisonnement ne serait-il pas une inutile torture?

Il en est autrement quand la dette, antérieure à la condamnation, n'arrive à échéance qu'après l'élargissement. On peut supposer que, depuis sa mise en liberté, il s'est fait un changement dans sa position pécuniaire, qu'il s'est créé d'autres ressources, qu'il a intéressé à lui d'autres garants.

579. La quatrième condition est que les causes pour lesquelles le débiteur est repris n'entraînent pas une détention plus longue que celle qu'il vient de subir ; car si elles sont de nature à autoriser un emprisonnement d'une plus grande durée, le débiteur pourra être retenu jusqu'à ce que l'emprisonnement ait atteint ce nouveau *maximum*. Bien entendu qu'il lui sera tenu compte du temps qu'il a passé en prison par suite de sa précédente arrestation.

Par exemple, un débiteur est arrêté le 1er mars 1846 pour dette commerciale au-dessous de 500 fr. Son emprisonnement est de nature à durer un an [4] ; il est recommandé [5] par d'autres créanciers pour deux ans, trois ans, quatre ans, cinq ans, dix ans. Il est évident qu'il pourra rester en prison pendant dix ans; mais il ne sera pas contraignable pour un plus long temps. La première année purgera toutes les causes de contrainte qui retiennent la personne pour un an ; la seconde, celles qui la retiennent pour deux ans; la troisième, celles qui la retiennent pour trois ans; la quatrième, celles qui la retiennent pour quatre; la cinquième, celles qui la retiennent pour cinq; la dixième, celles qui la retiennent pour dix. Au bout de ces dix ans l'épreuve sera entière : tout sera purgé.

580. Nous ajoutons que tout sera purgé même à l'égard des créanciers qui ignoraient l'emprisonnement. Il suffit que leur créance soit antérieure à l'arrestation et échue au moment de l'élargissement légal.

581. Il y a plus : et si le créancier de la contrainte par corps la plus longue donne mainlevée volontaire de l'emprisonnement avant l'expiration de son temps légal, mais après l'expiration du temps légal accordé à d'autres créanciers inférieurs, ces derniers n'auront rien à dire; car ils n'ont jamais eu droit à un emprisonnement plus long que celui qui a été subi. Le débiteur a passé en prison plus de temps qu'il n'y en aurait passé s'il n'avait eu affaire qu'à eux seuls. L'épreuve a été entière; ils n'ont plus droit sur sa personne.

Par exemple :

Pierre, créancier d'une dette qui entraîne dix ans de contrainte par corps, fait prisonnier François, son débiteur. Au bout de quatre ans, il lui donne mainlevée de son emprisonnement. Les quatre ans que François aura passés en prison ne permettront plus aux autres contraintes par corps d'un, deux, trois, quatre ans, auxquelles ce même François est sujet, de s'exercer sur lui (pourvu que les causes de ces contraintes soient échues à l'expiration de ces quatre ans). Il a subi, à l'égard de ces contraintes, le temps légal. Elles n'ont plus rien à exiger de lui.

A la vérité, à l'expiration de la première année le débiteur n'a pas été élargi de fait; il ne l'a pas été non plus à l'expiration de la

[1] Le principe de ceci existait dans la jurisprudence. Voy. un arrêt de la cour royale de Paris du 22 août 1806 (Dall., *Alphab.*, t. 6, p. 471) ; *Pasicrisie*, à cette date.

[2] Duranton, t. 18, n° 481. Coin-Delisle, p. 108, n° 5.

[3] *Infrà*, n° 582.

[4] Art. 5 de la loi de 1832.

[5] *Suprà*, n° 33.

deuxième, de la troisième; et l'on pourrait peut-être dire que le débiteur ne s'est pas trouvé dans les conditions qui exemptent sa personne des contraintes réitérées, puisqu'il n'y a pas eu cet élargissement dont parle l'article 27 et qui purge les causes d'emprisonnement antérieures et échues; que, d'un autre côté, sa sortie, effectuée la quatrième année, n'est pas un élargissement opéré par le bénéfice du temps, ainsi que l'article 27 l'exige pour empêcher le cumul des contraintes par corps.

Mais ces objections sont absurdes. L'article 27 n'exige pas un élargissement effectif, une sortie de fait. Le débiteur qui a passé un an en prison est élargi de droit au regard de celui qui n'avait le pouvoir de le retenir que pendant un an. S'il ne sort pas, c'est qu'un obstacle supérieur est venu le retenir. Mais il n'en a pas moins purgé son temps à l'égard de tous les créanciers qui n'ont droit qu'à un an de contrainte [1]. Il en est de même pour ce qui concerne la deuxième et la troisième année; et quant à la quatrième année, qu'importe qu'après sa révolution, le créancier, qui pouvait retenir le débiteur en prison encore pendant six ans, ait consenti à son élargissement? Il n'en est pas moins vrai qu'à l'égard du créancier qui n'avait droit qu'à quatre ans de contrainte, quatre années se sont écoulées dans la prison, et qu'ainsi il y a expiration du temps légal et élargissement de droit.

582. Partant de là, nous arrivons à cette autre conclusion : c'est que les recommandations faites par les créanciers, après que le débiteur a passé en prison le temps correspondant à leur droit, n'empêchent pas le créancier qui a droit à une contrainte plus longue d'abréger cette contrainte par sa volonté. Pierre retient François en prison pour dix ans. Jacques, créancier en vertu d'un titre commercial échu qui lui donne droit pour cinq ans, ne pourra pas, après ces cinq ans expirés, arriver pour recommander François et s'opposer à son élargissement. Pierre est maître de lever l'incarcération. Le droit de Jacques est purgé.

583. Supposons maintenant, pour donner suite aux exemples posés, que le créancier de dix ans ne soit pas le seul qui ait droit à cette contrainte extrême; qu'un second créancier ait la même prérogative; et que cependant le premier créancier donne mainlevée volontaire au bout de six ans. L'autre créancier de dix ans restera dans son droit de contrainte plein et entier [2]. Il pourra reprendre le débiteur à nouveau comme si rien n'avait été fait; car l'article 27 ne lui sera aucunement applicable. Si en effet le débiteur est sorti de prison, ce n'est pas par l'expiration du temps légal; il n'y a pas eu épreuve complète en ce qui le concerne. Il restera armé de l'intégrité de son droit comme si rien n'avait été fait. On ne pourra pas même compter au débiteur les six ans qu'il aura passés en prison; car, d'après l'article 27, l'imputation du temps passé en prison n'a lieu que lorsque la contrainte subie a expiré par le bénéfice du temps libératoire [3]. Or, cette circonstance ne se rencontre pas ici.

584. L'article 27 a été édicté, on le voit, par un sentiment d'humanité; on ne peut qu'y applaudir. Il peut quelquefois cependant conduire à des résultats iniques; nous en avons donné un exemple au n° 423. Toutefois ces résultats ne peuvent être que fort rares; un débiteur ne pourrait les obtenir qu'à l'aide de combinaisons difficiles à réaliser.

585. Le point de vue qui domine l'article 27, c'est que la contrainte par corps expire par le bénéfice du temps. Nous avons même dit qu'il n'est pas applicable alors que c'est la volonté du créancier qui met fin à la contrainte par corps [4].

Cette observation nous met sur la voie d'une question qui se présente naturellement à l'esprit.

Lorsque le créancier a levé l'emprisonnement par sa volonté, peut-il le reprendre ensuite? Non! sa renonciation est définitive; elle épuise son droit de contrainte par corps. Il ne peut revenir à ce moyen quand même il aurait fait des réserves. Ce serait *protestatio contra factum*, et des réserves unilatérales n'auraient aucune valeur [5].

Ce n'est qu'autant que le créancier et le débiteur seraient formellement convenus d'une suspension, que le créancier pourrait, à l'expiration de la trêve, rentrer dans l'exercice de son droit [6]. Ici, la convention a la toute-puissance qui s'attache aux actes légitimes émanés d'une volonté réciproque. C'est en vain, au surplus, que le débiteur voudrait y échapper en s'appuyant sur le faux prétexte que la liberté ne peut être la matière de conventions. La convention a été favorable à la liberté; elle lui a procuré une trêve salutaire, et l'on ne saurait s'en faire une arme contre le créancier qui a été clément.

---

[1] Coin-Delisle, p. 107, n° 2.
[2] *Suprà*, n° 576.
[3] Coin-Delisle, p. 108. *Suprà*, n° 576.
[4] *Suprà*, n° 576.
[5] Paris, 6 juillet 1826; *Pasicrisie*, à cette date.
[6] *Id.*

Article 28.

Un mois après la promulgation de la présente loi, la somme destinée à pourvoir aux aliments des détenus pour dettes devra être consignée d'avance et pour trente jours au moins.

Les consignations pour plus de trente jours ne vaudront qu'autant qu'elles seront d'une seconde ou de plusieurs périodes de trente jours.

Article 29.

A compter du même délai d'un mois, la somme destinée aux aliments sera de 30 fr. à Paris et de 25 fr. dans les autres villes pour chaque période de trente jours.

SOMMAIRE.

586. De l'obligation où est le créancier de fournir des aliments au débiteur.
Cette obligation est souvent un frein pour ne pas exercer témérairement la contrainte par corps.
Du reste, les aliments ne sont qu'une avance.
587. De la somme représentative des aliments sous l'empire de la loi du 15 germinal an vi.
588. Réclamations sur l'insuffisance de cette somme.
589. La loi de 1832 en a augmenté la taux.
590. Comment doivent être payés les aliments.
591. Suite. Le créancier ne peut pas faire une consignation moindre de trente jours. Mais il peut consigner pour un temps plus considérable.
592. Lorsque la consignation dépasse les trente jours, elle ne doit pas avoir de fractions. Les fractions ne comptent pas.
593. La consignation peut se faire par procureur.
594. Les art. 28 et 29 sont généraux; ils s'appliquent à toutes les contraintes par corps;
Mais non pas à celles obtenues par l'État.
595. Quel est le sort des aliments consignés lorsque le détenu est transféré de la prison civile pour dettes dans une maison de détention où il est alimenté aux frais de l'État? Ces aliments lui sont-ils acquis jour par jour, bien que l'État pourvoie à sa subsistance?

COMMENTAIRE.

586. Le créancier, on le sait déjà, doit pourvoir à la nourriture du débiteur incarcéré; la raison et l'humanité imposent au créancier cette loi, sans laquelle l'emprisonnement dégénérerait en torture [1]. Il arrive même qu'à la force qu'elle tire de l'obligation naturelle se joint une raison d'utilité qui la rend d'autant plus respectable et d'autant plus nécessaire; car elle sert de contre-poids aux abus que la contrainte par corps pourrait engendrer dans les mains d'un créancier âpre et inexorable. Le créancier, en effet, tenu de pourvoir aux besoins de son débiteur qu'il incarcère, n'exercera ce moyen de contrainte que lorsqu'il aura l'espérance probable de le rendre efficace. Il y renoncera, au contraire, sinon par commisération pour le débiteur, au moins par intérêt pour lui-même, s'il aperçoit que la contrainte par corps sera stérile et qu'elle le constituera dans des dépenses irrecouvrables. Il s'appliquera ces vers de Térence :

« *Alere nolunt hominem edacem; et sapiunt mea*
[*quidem sententia*
« *Pro maleficio si beneficium summum nolunt red-*
[*dere* [2]. »

La contrainte par corps, déjà tant mitigée par la loi, ne sera donc pas prodiguée par le créancier; celui-ci n'en usera qu'avec réserve et pour des raisons sérieuses. La loi de la contrainte par corps portera avec elle son correctif; elle répondra par là à plus d'une déclamation; elle fera taire plus d'une critique exagérée.

A la vérité, le créancier a le droit de recouvrer les aliments avancés à titre de frais de contrainte. Mais il ne se décidera à les avancer que lorsqu'il aura la perspective d'en être remboursé et qu'il fondera des espérances sérieuses sur la solvabilité du débiteur [3].

587. La loi du 15 germinal an vi [4] portait que le créancier serait tenu de consigner d'avance, et par chaque mois, la somme de 20 li-

[1] *Supra* nos 50 et 51. Peckius, ch. 28, no 3.
[2] *Phormio*, acte II, scène 2.
[3] En Suède, le créancier ne peut pas réclamer les aliments avancés (loi du 12 mars 1830); mais aussi le débiteur, s'il en a les moyens, doit pourvoir à ses besoins.
[4] Tit. 3, art. 14.

vres entre les mains du gardien de la maison d'arrêt pour la subsistance de l'incarcéré.

588. A l'époque à laquelle les trois pouvoirs furent appelés à soumettre à un nouvel examen la législation de la contrainte par corps, il est certain que les 20 livres de l'an VI n'étaient pas représentées par la somme de 20 francs. Aussi les malheureux détenus pour dettes avaient-ils fait entendre des réclamations sur l'insuffisance de leurs aliments, et leurs plaintes avaient été reconnues fondées [1].

D'un autre côté, un taux uniforme pour toutes les localités, un taux qui était le même à Paris et dans les plus petites villes de France, manquait de justice [2].

589. La loi de 1832 a remédié à ces défectuosités. Par l'article 29, la somme destinée aux aliments est de 30 fr. à Paris, et de 25 fr. ailleurs, pour chaque période de trente jours. Ce taux, quoique minime, a paru suffisant, et le législateur a refusé de faire droit aux conseils qui demandaient davantage [3]. Le but de la loi n'est pas de procurer au débiteur les satisfactions de l'aisance; elle veut seulement pourvoir à sa conservation par le strict nécessaire. Si le taux des aliments eût été plus élevé, il y aurait eu des débiteurs qui se seraient fait incarcérer par spéculation, et auraient joui en prison de certaines douceurs dont souvent manque l'homme libre qui ne doit rien à personne et qui s'est dépouillé pour faire honneur à ses engagements.

590. Le mode qui préside au dépôt des aliments se lie au taux de ces mêmes aliments. Ils doivent être consignés d'avance et pour trente jours au moins, de telle sorte que le détenu voie sans cesse devant lui une période de trente jours assurée. Ainsi, une consignation faite le 1er avril ne vaut que pour les trente jours du mois d'avril. Afin d'assurer le service du mois suivant, il faut que la nouvelle consignation ait lieu dans la journée du 30. Si elle était effectuée le 1er mai, elle ne serait pas faite d'avance, et le débiteur pourrait former sa demande en élargissement, à moins, toutefois, qu'avant cette demande le créancier n'eût réparé son omission [4]. On sait que la consignation tardive, mais antérieure à la demande en élargissement, rend celle-ci non recevable [5].

591. Si le créancier ne peut pas faire une consignation pour moins de trente jours, il peut en faire une pour un temps plus considérable. Il n'est pas astreint à venir chaque mois réitérer la consignation. Il peut consigner d'avance pour trois ou six mois, par exemple, ou pour un an [6].

592. Mais, dans ces consignations qui comprennent plus qu'une période de trente jours, le législateur ne tient compte que des dépôts qui n'ont pas de fractions. Les fractions ne comptent pas; ainsi, à Paris, une consignation de 45 fr. ne vaudrait que pour une période de trente jours; elle n'aurait aucun effet pour les 15 fr. donnés en trop. Ces 15 fr. ne pourraient compter qu'autant qu'avant le commencement d'une nouvelle période de trente jours le créancier y ajouterait 15 fr. [7].

593. Il n'est pas nécessaire que la consignation soit faite par le créancier en personne; elle peut être faite par mandataire. On avait pu penser le contraire d'après l'article 15, § 3, du titre 3 de la loi de germinal an VI [8]. Mais notre article 28, joint à l'article 791 du Code de proc. civ., lève toute incertitude. Il faut même remarquer que, d'après l'article 800, § 4, du Code de procédure civile, différent en cela de l'article 15, titre 3, de la loi de germinal an VI, tous les créanciers, aussi bien les recommandataires que l'incarcérateur, sont solidaires à l'égard du détenu pour la consignation des aliments [9].

594. Les articles 28 et 29 sont applicables aux contraintes commerciales comme aux matières civiles; ils lient les communes, les établissements publics [10], même la partie civile en matière criminelle [11].

Mais ils ne gouvernent pas les incarcérations pour dettes obtenues par l'État. Le décret du 4 mars 1808 porte que les détenus reçoivent leur nourriture de même que les autres prisonniers retenus à la requête du ministère public. Ce décret, quoi qu'en ait pensé Fœlix [12], n'est pas abrogé par la loi de 1832 [13].

L'article 32, qui offre le plus fort argument en faveur de l'opinion de Fœlix, ne peut être présumé avoir voulu abroger des lois exceptionnelles et toutes spéciales. Ce sont au contraire ces lois qui dérogent aux lois générales [14]. Ce qui achève de le démontrer, c'est que l'article 38, qui règle les formes de l'arrestation en ce qui concerne la partie civile, a cru nécessaire de rappeler qu'elle est soumise aux dispositions du droit commun sur la con-

[1] Pétition adressée à la chambre des députés le 5 mars 1827, et discours de M. Hyde de Neuville.
[2] Proposit. de Jacquinot Pampelune.
[3] Loubens et Bourbon-Leblanc, p. 144 et suiv. En Angleterre, le créancier n'est obligé qu'à 6 *pence* (12 sous). Cette somme étant insuffisante, le débiteur obtient un supplément sur la taxe des pauvres. Bayle-Mouillard, ch. 4.
[4] *Suprà*, n° 41.
[5] *Infrà*, n° 596.
[6] Art. 789, C. proc.
[7] *Suprà*, n° 30.
[8] *Infrà*, n° 609.
[9] *Id.*
[10] Coin-Delisle, p. 109, n° 3, *in fine*.
[11] *Infra*, n° 660.
[12] Sur l'art. 28.
[13] Duvergier (*Collect. des lois*, tit. 32, p. 204, note 3. *Infrà*, n° 713.
[14] *Infrà*, n° 613. *Junge* art. 46, *infrà*.

signation des aliments [1]; précaution qui aurait été inutile si, dans les articles précédents qui traitent du droit de l'État, la loi n'eût pas présupposé qu'il y avait un droit exceptionnel et spécial pour ce dernier [2]. Enfin, l'article 46 de notre loi réserve les lois spéciales qui règlent d'une manière particulière l'exécution de la contrainte par corps contre les débiteurs de l'État.

Du reste, la pratique est conforme à notre opinion.

595. Ceci nous mène à une question intéressante : c'est celle de savoir si, lorsqu'un détenu pour dettes est transféré avant la fin de son emprisonnement dans une prison criminelle à cause des poursuites intentées contre lui par le ministère public, le créancier lui doit, pendant ce temps, les 30 fr. par mois, et cela bien qu'il soit alimenté aux frais de l'État.

Posons un exemple.

Pierre est détenu pour dettes à Sainte-Pélagie; bientôt il est poursuivi par le ministère public pour fait d'escroquerie et transféré dans la maison d'arrêt. Le geôlier de Sainte-Pélagie, qui n'a plus Pierre sous sa garde, le fait suivre par une somme de 90 fr., restant sur celle que son créancier avait déposée pour aliments. L'instruction fait ressortir l'innocence de Pierre, et il est réintégré dans la prison de Sainte-Pélagie, suivi encore cette fois par les 90 fr. en question et qui étaient restés intacts, attendu que Pierre avait été nourri aux dépens de l'État. Voici alors le système que Pierre met en avant :

Mon emprisonnement préventif, en vertu du mandat du juge d'instruction, doit être imputé sur mon emprisonnement civil. Rien n'est plus constant en droit et en jurisprudence. Ainsi l'a jugé la cour de cassation, le 30 novembre 1832, dans l'affaire Ouvrard [3]. C'est donc comme si j'étais resté sous la main de mon créancier civil, et de là il suit que les 90 fr. m'ont été acquis jour par jour, qu'ils sont réputés consommés et qu'ils ne peuvent plus servir pour le temps à venir.

Ce système fut admis par le tribunal de première instance contre les conclusions du ministère public. Soumis à l'examen de la cour royale de Paris, il ne pouvait manquer d'être proscrit, et c'est en effet ce qui a eu lieu par arrêt du 21 octobre 1846, rendu malgré les conclusions contraires du ministère public.

« Considérant que la loi n'oblige le créancier, à la requête duquel l'incarcération a lieu, à consigner des aliments que pour assurer la subsistance du débiteur et non pour lui fournir une somme d'argent aux dépens du créancier; qu'ainsi, lorsqu'il a été pourvu à la subsistance du débiteur sur les fonds de l'État, par suite d'une détention préventive dans une prison autre que la prison pour dettes, sans que les aliments consignés aient été entamés, la consignation précédemment faite subsiste et satisfait jusqu'à concurrence à l'obligation imposée au créancier qui exerce la contrainte par corps; que dès lors, au 8 août, il y avait consignation suffisante; infirme [4]. »

Cet arrêt me paraît sage et juridique. De ce que l'emprisonnement préventif, auquel le débiteur déjà incarcéré est astreint par suite des poursuites du ministère public, doit être imputé sur son emprisonnement civil, il ne s'ensuit pas qu'il ait droit à une double somme d'aliments : aux aliments dus par l'État, aux aliments dus par le débiteur. A-t-il été alimenté, oui ou non, par l'État, et cela sans qu'on ait eu besoin d'entamer les aliments consignés? Et dès lors à quel titre réclamerait-il les sommes déposées par le créancier? N'oublions pas que les dispositions de la loi relative aux aliments n'ont été introduites que pour procurer au détenu le strict nécessaire; or, ce qu'il veut retenir ici, c'est un superflu dont le créanciar ferait les frais.

Article 30.

En cas d'élargissement faute de consignation d'aliments, il suffira que la requête présentée au président du tribunal civil soit signée par le débiteur détenu et par le gardien de la maison d'arrêt pour dettes, ou même certifiée véritable par le gardien, si le détenu ne sait pas signer.

Cette requête sera présentée en *duplicata*. L'ordonnance du président, aussi rendue par *duplicata*, sera exécutée sur l'une des minutes qui restera entre les mains du gardien ; l'autre minute sera déposée au greffe du tribunal et enregistrée gratis.

---

[1] *Infrà*, n° 660.
[2] *Id.*, n° 633.
[3] *Supra.*
[4] *Gazette des Tribunaux* des 8 et 22 octob. 1846.

SOMMAIRE.

596. Le défaut de consignation d'aliments est puni par l'élargissement du débiteur.
L'élargissement n'a pas lieu de plein droit. Il doit être demandé avant la réparation de l'omission.
597. Formes de la requête en élargissement.
598. C'est le président qui statue.
Mais il peut renvoyer les parties à l'audience.
599. De l'heure où la requête en élargissement est présentée.
600. Toute consignation postérieure à la requête est tardive.
601. C'est au créancier à prouver que sa consignation n'est pas postérieure à la requête.
602. L'ordonnance du président est rendue par *duplicata*.

COMMENTAIRE.

596. Si le créancier ne fait pas la consignation des aliments en temps utile, il est coupable d'une faute qui est plus que de la négligence; c'est de l'inhumanité [1]. Pour le punir, la loi veut que les portes de la prison s'ouvrent pour le débiteur ainsi oublié et maltraité [2].

Mais cet élargissement du débiteur ne se fait pas de plein droit; il doit être demandé; il doit même être demandé avant que le créancier n'ait réparé son omission [3]. Sans quoi la requête du débiteur, présentée après que les aliments lui ont été fournis, est non recevable. La loi suppose que, puisque le débiteur ne s'est pas plaint au moment même où le créancier l'avait oublié, c'est que cette négligence ne lui a rien fait souffrir. Ses plaintes sont donc tardives; elles ne reposent sur aucun grief digne de considération.

597. Puisqu'une requête doit être présentée, quelles en seront les formes? Elles seront évidemment libres et sommaires. Le débiteur est sous les verrous; il ne peut avoir avec le dehors des communications faciles; l'intervention des hommes de loi dans le but de lui prêter leur ministère ne pourrait qu'occasionner des frais, et ferait surtout perdre un temps précieux; car chaque minute qui s'écoule peut enlever au débiteur le bénéfice de l'élargissement. Le ministère des avoués ne sera donc pas nécessairement employé [4]. Il suffira que le débiteur signe, et que sa signature soit certifiée par celle du gardien. Si même le débiteur ne sait pas signer, le gardien aura qualité pour certifier la requête véritable. A la requête sera joint le certificat de non-consignation délivré par le geôlier [5].

598. La requête est dressée par *duplicata* et présentée au président du tribunal. C'est ce magistrat qui est chargé de statuer sur les demandes en élargissement pour non-consignation d'aliments [6]. La communication au ministère public n'est donc plus nécessaire, ainsi qu'elle l'était sous l'empire de l'article 805 du Code de procédure civile. Le président prononce seul, avec célérité, le plus sommairement possible. Si cependant les faits lui paraissent être douteux et soulever des questions embarrassantes, il peut renvoyer les parties à l'audience [7].

599. L'heure où la demande en élargissement est présentée étant très-importante, d'après ce que nous avons dit au numéro 596, le requérant aura soin de la faire constater. Toutefois, l'indication qu'il en fera dans sa requête ne fera pas foi par elle-même [8]. Il faut que le président constate cette heure lorsque la requête est remise entre ses mains.

600. Une fois reçue par le président, la requête fait obstacle à toute consignation d'aliments qui serait postérieure [9].

601. Si le créancier soutient qu'il avait consigné les aliments avant la présentation de la requête, c'est à lui à le prouver [10]. Toutes les fois que l'heure de la présentation est certaine, le débiteur a prouvé ce qu'il devait prouver; le créancier est dans la nécessité de détruire cette preuve par la preuve contraire.

602. Saisi de la requête, le président prononce ainsi que nous le disions au numéro 598. Son ordonnance est rendue par *duplicata*. Elle est exécutée sur l'une des minutes qui restera entre les mains du gardien. L'autre minute sera déposée au greffe du tribunal et enregistrée *gratis*.

[1] *Suprà*, n° 41.
[2] Art. 803, C. proc. Voy. *infrà*, n° 606, un exemple d'élargissement obtenu non par suite de la faute du créancier, mais par suite de la fraude du débiteur.
[3] *Suprà*, n°s 41 et 590.
[4] M. Parant, rapport.
[5] Art. 803, C. proc.
[6] Modification faite à l'art. 805, C. proc., et se liant à l'art. 803.
[7] L'usage est constant et confirme notre proposition. Voy. arg. de l'arrêt de Nancy cité note 3.
[8] Carré sur l'art. 803, C. proc., n° 2746. Pigeau, liv. 2, p. 5, tit. 4, ch. 1, sect. 4, div. 5, 8e cas.
[9] Cass., 27 août 1821 (Dall., *Alphab.*, t. 1, p. 433). Douai, 1er sept. 1824 (Dall., 25, 2, 248). *Pasicrisie*, à cette date. Nancy, 18 mai 1829 (Dall., 92, 2, 220). *Pasicrisie*, à cette date.
[10] Toulouse, 15 mars 1828 (Dall., 28, 2, 171). *Pasicrisie*, à cette date.

Article 31.

Le débiteur élargi faute de consignation d'aliments ne pourra plus être incarcéré pour la même dette.

SOMMAIRE.

603. État ancien de la jurisprudence avant l'art. 31.
604. *Quid juris* en droit commercial?
605. Abrogation de l'art. 804 du C. de proc.
606. Pour que le débiteur élargi faute de consignation d'aliments ne puisse plus être repris, il faut que ce ne soit pas par suite d'une fraude de sa part que le défaut de consignation n'a pas eu lieu.
607. Le créancier qui a laissé sortir le débiteur par défaut de consignation d'aliments ne peut plus le reprendre même par voie de recommandation.
608. Tous les recommandants qui ont été complices du défaut de consignation d'aliments sont soumis à la règle de l'art. 31.
609. Examen d'un arrêt de la cour de Toulouse du 24 ventôse an XI, qui juge le contraire; et réflexions pour prouver qu'il ne saurait faire jurisprudence sous l'empire de l'art. 31 combiné avec le C. de proc.

COMMENTAIRE.

603. L'article 14, titre 3 de la loi du 15 germinal an VI portait que le débiteur incarcéré qui avait obtenu sa liberté à cause du défaut de consignation d'aliments ne pourrait plus être repris pour la même dette.

L'article 804 du Code de procédure civile avait pensé que c'était punir trop sévèrement la faute du créancier; il autorisait en conséquence la reprise du débiteur, à condition toutefois que, lors de la nouvelle arrestation, le créancier consignerait six mois d'aliments d'avance.

604. Mais dans les matières commerciales qui, comme on le sait, étaient restées sous l'empire de la loi de germinal an VI, il y avait des doutes sérieux sur le droit de reprise introduit par le Code de procédure civile. On peut même dire qu'en général la pratique avait fait fléchir l'article 804, et que le débiteur commercial laissé sous l'empire de la loi de l'an VI, plus favorable et plus douce, jouissait d'une liberté indéfinie alors que son élargissement avait eu lieu pour défaut de consignation.

605. La loi nouvelle a fait cesser ce conflit entre la jurisprudence civile et la jurisprudence commerciale; elle abroge d'une manière absolue l'art. 804; elle restaure la disposition de la loi de l'an VI, qui désormais devient le droit commun, et assure au débiteur élargi pour défaut d'aliments une liberté désormais acquise [1].

606. Mais le créancier serait certainement fondé à la lui retenir si l'élargissement avait été obtenu à l'aide de subterfuges.

J'ai entendu raconter l'histoire d'un débiteur incarcéré qui, désespérant de trouver en défaut l'exactitude de son créancier et sa vigilance à consigner les aliments, eut l'idée de lui adresser une lettre de faire part de son décès. Le créancier, ne soupçonnant pas la ruse, ne réitéra pas la consignation, et le débiteur alla respirer l'air pur de la liberté.

L'histoire ne raconte pas si le créancier, informé de cet artifice, fit reprendre ce débiteur hardi : il le pouvait. L'élargissement n'est définitif que lorsqu'il est amené par la faute du créancier, jamais lorsqu'il a pour cause la fraude du débiteur.

607. Comme la recommandation n'est pas autre chose qu'une nouvelle contrainte par corps [2], le créancier à qui son débiteur a échappé par suite de sa coupable négligence à consigner les aliments ne peut pas le recommander sur une arrestation postérieure faite à la requête d'un autre créancier [3]. Car le recommander, ce serait le reprendre, ce serait l'incarcérer pour la même dette, et c'est ce que défend notre article 31.

608. Ce n'est pas seulement le créancier incarcérateur qui, pour peine de sa négligence, est tenu de laisser à son débiteur une liberté indéfinie; la même peine s'étend à tous les créanciers qui avaient recommandé le débiteur. Car le soin de veiller à la nourriture du débiteur est, d'après l'article 800, § 4, du Code de procédure civile, une obligation commune à tous les créanciers qui attendent de l'incarcération la libération de leur débiteur [4]. Sans doute, c'est le créancier saisissant qui, en premier ordre, est chargé de ce soin; mais les recommandataires ont aussi l'obligation subsidiaire de surveiller cet office d'humanité. S'ils y manquent, ils doivent être punis de la même manière que le créancier premier incarcérateur;

---

[1] *Infrà*, n° 661, pour ce qui concerne la partie civile en matière répressive.
[2] *Suprà*, n° 32.
[3] Montpellier, 17 août 1827 (D., 28, 2, 34.) *Pasicrisie*, à cette date.
[4] Coin-Delisle, p. 110, n° 3.

car ils ne sont pas moins incarcérateurs que lui [1].

609. Le contraire a été jugé cependant, sous l'empire de la loi de germinal an VI, par arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 24 ventôse an XI [2]. Mais Coin-Delisle [3] a très-bien montré, à mon sens, contre Fœlix [4], qu'une telle décision serait désormais inconciliable avec l'article 800, § 4, du Code de procédure civile. La loi de l'an VI mettait la consignation des aliments à la charge personnelle de l'incarcérateur [5]; c'était un devoir qu'il devait remplir lui-même taxativement; il n'y avait aucune solidarité entre lui et les recommandants [6]. A la vérité, ceux-ci devaient contribuer avec lui; mais ce n'est pas à l'égard du détenu qu'ils étaient astreints à cette contribution; c'était un recours accordé dans l'intérêt du créancier incarcérateur et pour établir entre tous les créanciers une règle d'égalité. Le seul créancier qui fût tenu personnellement et directement à l'égard de l'incarcéré, c'était le créancier incarcérateur. L'article 15 du titre 3 de la loi du 15 germinal an VI établit ce point de la manière la plus précise et la plus évidente.

Est-ce là le système du Code de procédure civile? Non! Il suffit de lire l'article 800, § 4, pour être convaincu qu'il fait peser le soin des aliments sur tous les créanciers [7].

Il suit donc de ce nouveau droit que les recommandataires, commettant la même faute que l'incarcérateur, doivent être atteints par la même peine.

Article 32.

Les dispositions du présent titre et celles du Code de procédure civile sur l'emprisonnement auxquelles il n'a pas été dérogé par la présente loi sont applicables à l'exercice de toutes les contraintes par corps, soit pour dettes commerciales, soit pour dettes civiles, même pour celles qui sont énoncées à la deuxième section du titre 2 ci-dessus, et enfin à la contrainte par corps qui est exercée contre les étrangers.

Néanmoins, pour le cas d'arrestation provisoire, le créancier ne sera pas tenu de se conformer à l'article 780 du Code de procédure civile, qui prescrit une signification et un commandement préalable.

SOMMAIRE.

610. Exposé de la législation antérieure à la loi de 1832. Son défaut d'uniformité.
611. La loi de 1832 a fait disparaître cet inconvénient. Le C. de proc. civ. règle la forme, la loi de 1832 le fond du droit, à moins que celle-ci ne contienne quelque disposition spéciale de procédure.
612. Suite.
613. Suite.
614. Suite.

COMMENTAIRE.

610. Avant la loi de 1832, il n'y avait aucune uniformité dans la législation sur la contrainte par corps.

La loi de germ. an VI avait essayé cependant de présenter un tout homogène, et, malgré de grandes lacunes et de nombreuses imperfections, elle avait approché du but. Elle présentait un système entier sur la contrainte par corps en matière civile, sur la contrainte par corps en matière commerciale, sur la forme de procéder tant en matière de contrainte civile qu'en matière de contrainte commerciale.

Le Code civil vint et enleva à la loi de l'an VI tout le titre relatif à la contrainte par corps en matière civile. Elle perdit par là un de ses principaux membres.

Le Code de procédure civile opéra un second démembrement. Il régla la procédure de la contrainte par corps, et formula un système d'exécution de l'emprisonnement. La loi de germinal an VI reçut donc une nouvelle mutilation.

Il ne lui resta que la contrainte par corps commerciale. Mais dans ce fragment échappé

---

[1] *Suprà*, n° 32.
[2] *Pasicrisie*, à cette date.
[3] P. 110, n° 3.
[4] Sur l'art. 31, p. 62.
[5] *Suprà*, n° 595.
[6] Art. 15, tit. 3.
[7] *Suprà*, n° 595.

à la destruction fallait-il comprendre et le fond du droit commercial relatif à la contrainte par corps, et l'exécution de la contrainte par corps en matière de commerce? ou bien le Code de procédure civile avait-il attiré à lui l'exécution de la contrainte par corps commerciale, aussi bien que l'exécution de la contrainte par corps civile? et, dès lors, la loi de germinal an VI était-elle réduite de lacérations en lacérations à n'avoir dans son domaine que le fond du droit commercial?

Ce fut là pendant longtemps un sujet de controverse. La question se compliqua d'autant plus que certains points qui, au premier coup d'œil, n'avaient trait qu'à l'exécution tenaient en réalité au fond du droit [1], et que d'autres, qui en apparence étaient du fond du droit, dégénéraient en points de procédure. Dans ce conflit entre le Code de procédure civile et la loi de germinal an VI, la victoire resta tantôt du côté du premier, tantôt du côté de la seconde.

L'harmonie manquait donc. De toutes parts on demandait des règles plus fixes, plus claires et mieux coordonnées.

611. L'article 32 de la loi du 17 avril 1832 a eu pour but de mettre un terme à ces difficultés. Conformément à l'opinion la plus accréditée, le Code de procédure civile gouverne l'exercice de toutes les contraintes par corps. La loi de germinal an VI est radicalement abrogée. Le Code de procédure civile ne le cède qu'aux dispositions de la loi du 17 avril 1832 qui le modifient.

612. Ce ne sont pas seulement les contraintes par corps commerciales qui rentrent, à l'instar des contraintes par corps en matière civile, dans le domaine du Code de procédure civile combiné avec la loi de 1832. Ce sont encore la contrainte par corps exercée contre les étrangers [2], et la contrainte par corps contre les débiteurs de l'État [3].

613. Toutefois, en ce qui concerne ces derniers, il y a des dispositions spéciales, des anomalies, que notre article n'a pas voulu faire disparaître. Nous en avons vu un exemple ci-dessus [4]. Le Code de procédure est une loi générale; il forme le droit commun. Mais, précisément parce qu'il est une loi générale, il est modifié par les lois spéciales qui ont voulu introduire un droit exceptionnel. Au surplus, nous verrons bientôt l'article 46 maintenir d'une manière expresse ces procédures spéciales [5].

614. Quant aux étrangers et à leur arrestation provisoire [6], notre article déclare que le créancier n'est pas tenu de se conformer à l'article 780 du Code de procédure civile. Mais cette précaution de notre article était surabondante. L'application de l'article 780 à l'arrestation provisoire de l'étranger serait un vrai contre-sens. Qu'est ce, en effet, que l'arrestation provisoire? Une mesure nécessairement prompte et secrète [7]. Or, si par application de l'article 780 on voulait que cette arrestation fût précédée d'une signification et d'un commandement, ce serait à peu près comme si, avant de mettre la main sur lui, on le prévenait de hâter sa fuite. « *On ne prend pas un lièvre au son du tambour* [8]. »

---

[1] *Suprà*, n° 605, un exemple.
[2] *Supra*, n°s 482 et suiv.
[3] *Suprà*, n°s 445 et suiv. *Infrà*, 714.
[4] N° 594.
[5] *Infrà*, n° 712.
[6] *Suprà*, n°s 498 et suiv.
[7] *Suprà*, n° 511, *in fine*.
[8] Ferrières sur Paris, art. 173.

TITRE V.

DISPOSITIONS RELATIVES A LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE CRIMINELLE, CORRECTIONNELLE ET DE POLICE.

ARTICLE 33.

Les arrêts, jugements et exécutoires portant condamnation, au profit de l'État, à des amendes, restitutions, dommages et intérêts et frais en matière criminelle, correctionnelle et de police, ne pourront être exécutés par la voie de la contrainte par corps que cinq jours après le commandement qui sera fait aux condamnés, à la requête du receveur de l'enregistrement et des domaines.

Dans le cas où le jugement de condamnation n'aurait pas été précédemment signifié au débiteur, le commandement portera en tête un extrait de ce jugement, lequel contiendra le nom des parties et le dispositif.

Sur le vu du commandement et sur la demande du receveur de l'enregistrement et des domaines, le procureur du roi adressera les réquisitions nécessaires aux agents de la force publique et autres fonctionnaires chargés de l'exécution des mandements de justice.

Si le débiteur est détenu, la recommandation pourra être ordonnée immédiatement après la notification du commandement.

SOMMAIRE.

615. Transition.
616. En matière pénale, la contrainte par corps est de droit commun.
Elle a lieu pour amendes, dommages et intérêts, dépens.
617. La loi de 1832 a apporté de l'adoucissement au Code pénal de 1810.
618. Cependant le fisc n'usait pas de la sévérité du Code pénal de 1810 avec la même rigueur que les particuliers.
619. Le Code pénal de 1810 avait toutefois une bonne règle : c'était de tenir compte de l'insolvabilité du débiteur.
620. Exposé du système du Code pénal de 1810. Il autorisait la contrainte par corps pour les plus petites dettes. Examen de quelques reproches adressés au fisc, et observations atténuantes.
621. De la loi de 1832; elle maintient avec raison le principe de la contrainte par corps.
622. Elle la maintient d'abord en faveur du fisc.
623. *Quid* à l'égard des personnes civilement responsables?
En matière forestière, les adjudicataires sont contraignables par corps pour le fait de leurs employés.
624. Mais dans tous les autres cas les personnes civilement responsables ne sont pas soumises par le Code forestier à la contrainte par corps.
625. Les femmes sont sujettes à la contrainte par corps en matière criminelle.
626. Il en est de même des septuagénaires.
627. Et du mineur.
628. Comment s'exécute la contrainte par corps en matière criminelle.
629. Suite.
630. Suite.
631. Suite.
632. Suite.
633. Des aliments. — Renvoi.
634. De la durée de la contrainte par corps. — Renvoi.

COMMENTAIRE.

615. La marche de la loi du 17 avril 1832 nous oblige à faire une excursion dans le domaine du droit criminel. Quoique l'art. 2070 autorise cet épisode, nous chercherons à le rendre court; car ce sujet appartient plus spécialement à un ordre d'études qui s'éloigne du droit civil, et d'ailleurs il a été traité d'une manière complète par d'habiles criminalistes et notamment par Faustin Hélie et Chauveau [1]. On peut du reste se reporter aux notions que nous avons données par anticipation, aux nos 47 et suivants ci-dessus.

616. Le principe posé par l'art. 52 du Code pénal est qu'en matière répressive la contrainte par corps est le droit commun, et qu'elle est attachée virtuellement [2] à toute condamnation prononcée soit au profit de l'État, soit au profit de la partie civile. Elle est destinée à assurer le payement des frais, des amendes, des dommages et intérêts et restitutions [3]. Ce n'est pas seulement pour les crimes, délits et contraventions prévus par le Code pénal, qu'elle est la sanction de toutes les condamnations pécuniaires; c'est encore pour tous les délits spéciaux, tels que délits forestiers ou contraventions aux lois de douane, etc. Il est même à remarquer que ce sont les condamnations encourues pour les délits forestiers et les contraventions aux lois de douane qui tournissent le plus grand nombre de contraintes par corps en matière répressive [4]. Les condamnations proprement dites, telles qu'amendes, dédommagements et restitutions, ne sont pas les seules qui ont pour cortége la contrainte par corps. Les dépens en matière criminelle, correctionnelle et de police, jouissent aussi de ce privilége [5]. C'est là une grande différence entre le droit civil et le droit pénal [6]. Mais dans les matières répressives, et lorsque la vindicte publique est en mouvement, on peut dire que les frais de la procédure sont faits autant ***propter crimen*** que ***propter litem***, et qu'ainsi ils font corps, en quelque sorte, avec la peine dont ils sont l'auxiliaire.

617. Sous l'empire du Code pénal, de nombreux exemples de rigueur outrée avaient affligé les amis de l'humanité. Livré aux mains de la partie civile sans limite de temps [7], sans distinction du taux des dettes [8], la contrainte par corps avait servi plus d'une fois à satisfaire l'inimitié et la vengeance du créancier. M. Decazes disait à la chambre des pairs, en 1829, qu'à Cahors il avait eu le douloureux spectacle d'un détenu qui, depuis deux ans, était incarcéré pour une condamnation aux frais d'un procès correctionnel montant à 25 francs. La partie civile, qui avait désintéressé le fisc, s'était mise en son lieu et place et retenait son adversaire pour cette chétive somme. Pendant ce laps de temps, le créancier avait eu à payer 280 francs pour aliments. Les frais d'arrestation toujours considérables, les intérêts accumulés, joints au principal et à d'autres accessoires, tout cela avait fait monter la dette exigible à 968 francs. Une dame généreuse, instruite de l'endurcissement du créancier, envoya 1.000 francs à l'autorité pour délivrer le prisonnier [9].

618. Tant d'âpreté ne saurait être reprochée au fisc, quoiqu'il ne passe pas pour avoir des entrailles paternelles. Il n'a pas été créé pour être généreux; mais sa haute situation le met au-dessus de la passion et de la colère. L'intérêt de l'État bien entendu et froidement calculé est le seul mobile de son infatigable activité. Pourquoi s'acharnerait-il contre des insolvables? Que gagnerait le trésor à une rigueur stérile? Préposé pour faire fructifier les recettes, se chargerait-il de frais improductifs qui l'appauvriraient? Le fisc ne recule pas devant les rigueurs lucratives; mais les rigueurs purement exemplaires sont une faute dans son administration.

619. Voilà la théorie du fisc : elle n'est pas sentimentale; elle est positive. Elle est d'accord au surplus avec le Code pénal de 1810, qui accorde à l'insolvabilité du débiteur un notable tempérament de la contrainte par corps [10] et dont l'idée est, à cet égard, reproduite par l'art. 35 de la loi de 1832 [11]. Ce bénéfice, sur lequel nous reviendrons plus tard [12], n'est pas tout à fait le bénéfice d'insolvabilité pratiqué en Angleterre [13]. Le bénéfice d'insolvabilité à la façon des Anglais a plus de rapports avec notre cession de biens qu'avec la disposition du Code pénal et de la loi de 1832. Celle-ci n'exige pas les mêmes formalités; elle n'est pas soumise aux mêmes lenteurs. Mais elle s'en

[1] Théorie du Code pénal, t. 1, p. 283 et suiv.
[2] *Suprà*, no 218. *Infrà*, no 655.
[3] Art. 52, 467, 469. C. pén. Loi du 22 août 1791, t. 11, art. 6. Loi du 4 germinal an II, tit. 6, art. 4. *Code forestier*, art. 211. Loi du 15 avril 1829, art. 77. *Infra*, no 655.
[4] Voy. les observations de Bayle-Mouillard, p. 242 et suiv., et p. 368 et suiv.
[5] Meaume, *Comm. sur le Code forestier*, t. 2, no 1442.
[6] *Suprà*, o 215.
[7] *Suprà*, o 47.
[8] *Suprà*, no 290.
[9] *Moniteur* de 1829.
[10] *Suprà*, no 47.
[11] *Infrà*, no 640.
[12] Nos 640 et suiv.
[13] Loubens et Bourbon-Leblanc, p. 200. Bayle-Mouillard, p. 294 et suiv. *Gazette des Tribunaux*, année 1821, p. 1214.

rapproche en un point : c'est que le bénéfice d'insolvabilité, tel que le pratiquent les Anglais, ne peut être requis par le débiteur qu'après qu'il a fait en prison une épreuve de quatorze jours [1], et que le juge, bien que satisfait de son bilan, peut ordonner qu'il ne sera mis en liberté qu'après six mois, à partir de l'enregistrement de sa demande [2]. Or, l'on sait que d'après l'art. 35 de la loi de 1832, qui reproduit en les modifiant les art. 467 et 469 du Code pénal [3], le détenu insolvable doit subir une épreuve de temps dont la longueur est subordonnée à l'importance de la peine pécuniaire. Ainsi, dans la pensée de la législation française aussi bien que dans le système anglais, la preuve de l'insolvabilité n'est pas incompatible avec un temps d'épreuve raisonnablement fixé. Nous insisterons plus tard sur le caractère de cette épreuve.

620. Revenons au Code pénal de 1810 et à son système. Hors le cas d'insolvabilité, le fisc était armé d'un droit illimité pour le recouvrement des amendes et des frais de justice. Aucune limite de temps n'était assignée à la contrainte par corps, et l'on ne suivait pas, en matière pénale, cette règle du droit civil : *Indecorum videtur quod quis pro minimo debito arrestari possit* [4]. De là peut-être, dans la pratique, quelques détentions trop prolongées pour de petites dettes. On a dit que les administrations fiscales, et notamment l'administration des douanes et l'administration forestière, faisaient un usage excessif de la contrainte par corps, depuis surtout que les frais qui en résultent ne sont plus à leur charge [5]. Je ne puis ni infirmer ni admettre ces assertions. Sans nier les abus, je crois qu'on est naturellement porté à rembrunir le tableau. Je sais aussi qu'ils sont plutôt l'œuvre de quelques subalternes imprudents et maladroitement zélés que le résultat d'une direction supérieure. Dans mes longues fonctions d'officier du ministère public, j'ai été témoin des sages instructions données par l'administration pour user avec discrétion et impartialité de la contrainte par corps. Les tableaux publiés par Bayle-Mouillard confirment cette vérité plutôt qu'ils ne la contredisent [6]. Quand on réfléchit au nombre immense de condamnations qui sont prononcées dans les départements frontières pour délits de douane, et dans les départements boisés pour délits forestiers, on ne saurait dire que l'administration pousse au delà des bornes l'exercice de la contrainte personnelle qui est la sanction de ces condamnations [7]. Sans doute ces exécutions, quoique modérées, sont toujours regrettables, et je gémis, autant et plus qu'un autre, de la nécessité sociale qui en impose à l'État le devoir rigoureux. Mais où en serait-on si on laissait périr entre ses mains cette dernière ressource contre l'impunité ? Faut-il le rappeler? les délinquants qui se sont mis sans scrupule en hostilité ouverte avec la douane ou la propriété forestière ne se croient liés par aucun lien de conscience à acquitter les peines fiscales dont ils sont frappés. Frustrer le trésor de ce qui lui revient pour amendes, frais et réparations, leur paraît de bonne guerre. La société ne serait donc pas vengée si la contrainte par corps n'effrayait la mauvaise volonté des uns et ne domptait la résistance des autres. Après cela, je ne m'oppose pas à ce que la contrainte par corps soit amoindrie autant que le permet le besoin de la répression. Mais laissons à l'État cet auxiliaire de la peine ; laissons-le-lui sérieux et efficace, pour que la peine ne devienne pas vaine et illusoire. On a assez énervé la répression dans ces derniers temps.

621. C'est ce qu'a fait la loi de 1832. Elle a refondu les dispositions relatives à la contrainte par corps en matière criminelle, correctionnelle et de police. Elle a voulu que cette partie de notre droit participât aux adoucissements apportés dans les autres applications de la contrainte personnelle; mais elle en a conservé le principe : elle l'a fortement organisé; sans quoi les peines pécuniaires auraient reçu l'atteinte la plus grave et la plus propre à en effacer l'utilité. Nous avons résumé ci-dessus les changements les plus essentiels dus à la loi de 1832 [8]. Essayons maintenant d'en donner un aperçu un peu plus détaillé.

622. L'art. 33 s'occupe des droits de l'État contre le débiteur. Le droit des parties civiles viendra plus tard [9]. Il suppose, comme un point de jurisprudence fondamental, que les arrêts, jugements et exécutoires portant condamnation au profit de l'État à des amendes, restitutions, dommages et intérêts et frais, en matière criminelle, correctionnelle ou de police, entraînent virtuellement la contrainte par corps contre les condamnés. Cette règle est en effet essentielle et invariable [10].

623. Mais s'applique-t-elle à ceux qui ne sont atteints que comme civilement responsables, aussi bien qu'à ceux qui sont condamnés comme auteurs, fauteurs et complices? Les premiers sont-ils contraignables par corps comme les seconds?

---

[1] Bayle-Mouillard, p. 295.
[2] *Id.*, p. 208.
[3] *Suprà*, nº 47. *Infrà*, nº 642.
[4] *Suprà*, nºs 280 et 289.
[5] Bayle-Mouillard, p. 243, d'après un article remarquable du Mémorial des Pyrénées.
[6] P. 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375.
[7] Dans l'Isère, par exemple, 29 contraintes sur 2381 condamnations forestières; dans les Hautes-Pyrénées, 63 sur 4334, etc., etc.
[8] *Suprà*, nºs 47, 48 et suiv.
[9] Art. 38. *Infrà*, nºs 655 et suiv.
[10] *Suprà*, nº 616, et nºs 47 et suiv.

Cette question est résolue pour et contre par le Code forestier. L'art. 46 déclare les adjudicataires de coupe responsables par corps des amendes et restitutions encourues par leurs facteurs, ouvriers, bûcherons et autres employés [1].

Au contraire, l'art. 206, après avoir déclaré les maris, les pères, les mères, les tuteurs, les maîtres, les commettants des délinquants, etc., civilement responsables, porte que la contrainte par corps n'est pas attachée à cette responsabilité, si ce n'est dans le cas de l'art. 46 [2].

624. Voilà qui est clair pour les matières régies par le Code forestier. Mais que décider dans les cas ordinaires et dans le silence de la loi?

Carnot se prononce pour la contrainte par corps [3]; mais Coin Delisle réfute cette opinion [4]. Il fait observer que les articles 51, 52 et 53 n'ont en vue que le *coupable*, ainsi que les art. 51 et 52 l'énoncent expressément; que les articles 73 et 74, relatifs à la responsabilité civile, sont placés sous une autre rubrique et même dans un livre différent; qu'ainsi ils sont étrangers au principe de la contrainte par corps virtuelle formulé par l'art. 52.

Cette opinion nous paraît seule exacte. Si l'article 46 du Code forestier traite les adjudicataires avec la même rigueur que s'ils étaient eux-mêmes les coupables, c'est qu'ils sont possesseurs de la coupe. La loi a dû, dès lors, leur imposer une responsabilité exceptionnelle, afin de les forcer à administrer en bons pères de famille. Mais, cette raison cessant, les principes ordinaires reprennent leur empire, et on les voit dominer dans l'art. 206 du Code forestier qui en est la légitime expression. L'action en responsabilité est en effet purement civile, et il ne faut pas, au nom du droit criminel, faire peser sur elle la contrainte par corps que le droit civil n'admet pas en pareil cas.

625. La contrainte par corps en matière criminelle ne tient pas compte du sexe; les femmes y sont sujettes [5]; il est même à remarquer que dans les matières forestières, où les condamnations sont beaucoup plus fréquentes contre les femmes que contre les hommes, ce sont les femmes qui fournissent le chiffre le plus élevé à la contrainte par corps [6].

626. La contrainte par corps en matière pénale ne s'arrête pas non plus devant l'âge. Le droit civil nous a montré les septuagénaires frappés de contrainte par corps pour fait de stellionat [7]; combien à plus forte raison lorsque le délit, au lieu d'être purement civil, est classé par le droit criminel au nombre des infractions atteintes d'une peine? Nous verrons cependant, quand nous serons parvenus à l'article 40, un adoucissement dû à la loi de 1832 [8].

627. Il en est de même des mineurs. Le principe de la créance est dans le délit; si le mineur est condamné comme *doli capax*, il n'y a pas de raison pour mettre une différence entre le majeur et lui. La société qui le frappe n'était pas maîtresse de ne pas avoir affaire à lui; on peut en dire autant du particulier qui a été lésé par son action délictueuse.

628. L'article 33 trace la marche à suivre pour mettre la contrainte par corps à exécution.

Le procureur du roi ne peut de son chef retenir le condamné en prison pour les peines pécuniaires, lorsque le temps de l'incarcération est expiré. C'est au fisc qu'il appartient exclusivement de mettre en mouvement la contrainte par corps.

629. Le receveur de l'enregistrement et des domaines doit faire un commandement au condamné; ce n'est que cinq jours après ce commandement que la contrainte par corps peut s'exécuter. En matière civile, l'article 780 du Code de procédure civile n'accorde au débiteur que vingt-quatre heures de délai. Pourquoi cette différence?

630. Si le jugement n'a pas été signifié précédemment, il faut que le commandement porte en tête un extrait de ce jugement, contenant le nom des parties et le dispositif.

631. Ces formalités remplies et ces délais expirés, le receveur de l'enregistrement adresse sa demande au procureur du roi, et ce magistrat fait aux agents de la force publique les réquisitions nécessaires pour que force reste au jugement de condamnation.

632. Si le débiteur est déjà détenu, la recommandation pourra être ordonnée immédiatement après la notification du commandement.

633. Quant aux aliments, le droit de l'État est tout exceptionnel. Nous l'avons exposé au numéro 594.

634. Mais combien de temps durera l'incarcération du débiteur? et par quels moyens pourra-t-il la faire cesser? C'est ce que nous apprendront les articles 34, 35 et 40.

[1] Meaume, t. 1, nos 225 et suiv.
[2] Meaume, t. 2, nos 1420 et suiv.
[3] Sur l'art. 52, no 15.
[4] P. 112, no 3.
[5] *Suprà*, no 304. *Infrà*, no 658.

[6] Bayle-Mouillard, p. 242.
[7] *Suprà*, nos 292 et 409. *Infrà*, no 658. Devill., 46, 2, 425, note 2.
[8] *Infrà*, no 677 et 678.

Article 34.

Les individus contre lesquels la contrainte par corps aura été mise à exécution aux termes de l'article précédent subiront l'effet de cette contrainte jusqu'à ce qu'ils aient payé le montant des condamnations, ou fourni une caution admise par le receveur des domaines ou, en cas de contestation de sa part, déclarée bonne et valable par le tribunal civil de l'arrondissement.

La caution devra s'exécuter dans le mois, à peine de poursuites [1].

SOMMAIRE.

635. La dation d'une caution est, à défaut de payement, un moyen d'élargissement.
Le cautionnement est assimilé à un payement effectif.
636. De l'admission de la caution.
637. Elle ne jouit pas du bénéfice de discussion.
638. Elle doit s'exécuter dans le mois.
639. Le fidéjusseur est-il contraignable par corps?
640. Si la caution ne paye pas, la contrainte par corps ne peut être reprise contre le débiteur principal.

COMMENTAIRE.

635. La rédaction de l'article 34 a quelque chose de trompeur [2]; si on s'avisait de la prendre à la lettre, on s'imaginerait que le débiteur doit garder une prison illimitée tant qu'il ne paye pas ou ne donne pas caution.

Il n'en est cependant pas ainsi : les articles 35 et 40 apportent une modération à la durée de l'emprisonnement. Il y a une mesure de temps que l'équité de la loi a voulu que la contrainte par corps ne dépassât pas.

Qu'a donc entendu dire l'article 34? Une pensée le préoccupait. En général et de droit, la contrainte par corps doit épuiser le temps qui lui est assigné, à moins que le débiteur ne s'exécute. Cependant le bail d'une caution solvable ne sera-t-il pas une cause d'élargissement? Faudra-t-il s'en tenir à la rigueur des principes qui veulent que le créancier soit payé et non pas cautionné, et qui ne permettent pas de considérer le bail d'une caution comme un payement [3]? Non! la sévérité de ces principes a déjà fléchi dans les matières civiles par l'article 24 [4], et dans les matières forestières et de pêche fluviale par les Codes spéciaux qui les gouvernent [5]. La loi nouvelle ne saurait sans injustice se montrer plus exigeante et plus impitoyable. Quel que soit le taux de la condamnation, le condamné sera admis à donner caution et à prévenir ou arrêter par là les effets de la contrainte par corps [6].

Telle est donc l'idée dominante de l'art. 34. Il a voulu assimiler le cautionnement à un payement effectif et montrer que le cautionnement peut, aussi bien que le payement, mettre un terme à la contrainte par corps.

636. C'est le receveur des domaines qui admet la caution [7].

En cas de contestation, le débat est porté devant le tribunal civil et non devant le tribunal correctionnel dont la juridiction est épuisée. Le Code forestier laissait ce point indécis; notre article a voulu prévenir tous les doutes.

637. Dans les matières ordinaires, la caution doit s'obliger solidairement [8]. Notre article ne l'exige pas. Mais la solidarité n'est elle pas ici de plein droit? Ne résulte-t-elle pas de la nature des choses? La caution qui vient s'offrir pour un individu retenu en prison et ne pouvant pas faire à sa liberté le sacrifice de quelque argent, ne reconnaît elle pas implicitement, mais nécessairement, que cet individu est insolvable et qu'il n'y a lieu à le discuter préalablement? D'ailleurs, la loi n'éloigne-t-elle pas toute idée de discussion quand elle veut que le fidéjusseur qui ne paye pas dans le mois soit poursuivi? Les poursuites dont elle entend

---

[1] Voy. les art. 212, Code forestier, et 78 du C. de la pêche. C'est à eux que l'art. 34 a été emprunté.

[2] *Infrà*, nº 662.

[3] Peckius : *Cautionem vero interponere de solvendo debito non sufficit*; l. 4, § *aut prætor*, D., *de re judicata*; l. *quod si non solvere*, D., *de pignorat. act.*; l. *item liberatur*, § *qui paratus*, D., *quib. mod.*; l. *pronis*, § ult., D., *de constit. pecunia* (*De jure sistendi*, c. 31, nº 1.)

[4] *Suprà*, nºˢ 38 et 562.

[5] Art. 212, C. forestier. Art. 78, loi de la pêche fluviale. Meaume, t. 2, nº 1447.

[6] Voy. *infrà*, nº 663, une différence à ce sujet entre l'État et la partie civile.

[7] Voy. *suprà* les conditions d'admissibilité, nº 568.

[8] *Suprà*, nº 569, art. 25.

parler ne sont-elles pas des poursuites tendant à mettre sur-le-champ de l'argent dans les coffres du fisc et non pas à provoquer des exceptions?

638. Je viens de dire que la caution doit s'exécuter dans le mois, à peine de poursuites. En droit civil, le délai est d'un an [1]; mais, en matière pénale, le fisc a moins de patience. Raison de plus pour penser qu'il ne se contenterait pas d'une caution armée de l'exception de discussion.

639. Le fidéjusseur sera-t-il contraignable par corps? Le silence de la loi ne permet pas de décider l'affirmative [2]. Quand l'article 120 du Code d'instruction criminelle a voulu que la caution de celui qui demande sa liberté provisoire soit contraignable par corps, il a eu soin de le dire. Notre article n'a pas répété cette disposition. La question reste donc sous l'empire du droit commun, qui est que le fidéjusseur du contraignable par corps n'est pas virtuellement contraignable par corps [3].

640. Si le payement n'a pas lieu contre les prévisions de l'administration de l'enregistrement, la contrainte par corps ne peut cependant pas être reprise. La réception de la caution a valu payement [4].

Article 35.

Néanmoins, les condamnés qui justifieront de leur insolvabilité, suivant le mode prescrit par l'article 420 du Code d'instruction criminelle, seront mis en liberté après avoir subi quinze jours de contrainte, lorsque l'amende et les autres condamnations pécuniaires n'excéderont pas 15 fr.;

Un mois lorsqu'elles s'élèveront de 15 à 50 fr.;

Deux mois lorsque l'amende et les autres condamnations s'élèveront de 50 à 100 fr.;

Et quatre mois lorsqu'elles excéderont 100 fr. [5].

SOMMAIRE.

641. Des débiteurs insolvables et du bénéfice d'insolvabilité.
L'insolvabilité ne produit cependant pas un effet immédiat. Elle est soumise à un temps d'épreuve.
642. Système du C. pénal de 1810 sur cette épreuve.
643. Système différent de la loi de 1832.
644. *Maximum* de la durée de l'épreuve.
645. Rapprochement de la loi de 1832 avec le Code forestier et le Code de la pêche fluviale.
646. Preuve de l'insolvabilité.
647. Transition à l'article suivant.

COMMENTAIRE.

641. Lorsque le condamné est insolvable, la contrainte par corps n'est plus qu'une rigueur dont le but est manqué; elle doit s'arrêter. C'est ce qui fait qu'elle s'éteint par la cession de biens [6] et par la faillite [7]. En Angleterre, le bénéfice d'insolvabilité est célèbre [8].

J'ai déjà touché, au numéro 619, ce qui concerne le bénéfice d'insolvabilité conçu par le Code pénal de 1810 et perfectionné par notre article. Il diffère de la cession de biens et du bénéfice d'insolvabilité à la façon des Anglais. Le condamné n'a pas de bilan à dresser et à faire apprécier contradictoirement; il n'a pas de cession de biens à faire à l'État son créancier; la loi suppose qu'il n'en possède pas et qu'il est dans l'indigence. Son dénûment se prouve par des moyens rapides, comme s'établissent ordinairement les faits en matière criminelle.

Malgré cette indigence et les preuves qui la mettent au grand jour, les portes de la prison ne s'ouvrent pas cependant tout de suite pour donner la liberté au condamné; il faut qu'il subisse un temps d'épreuve proportionné à la gravité de sa condamnation. Pourquoi cette suspension de la sortie du débiteur? Est-ce pour convertir en peine corporelle les peines pécuniaires qui ne peuvent être subies? Est-ce

---

[1] *Suprà*, n° 569.
[2] Coin Delisle, p. 114, n° 3.
[3] *Suprà*, n°s 144 et 570.
[4] Meaume, t. 2, n° 1417.
[5] Voy. art. 213, C. forestier.
[6] *Suprà*, n° 40.
[7] *Suprà*, n° 381.
[8] *Suprà*, n° 619.

parce que, comme le dit Bayle-Mouillard, « il « est juste que l'homme insolvable, qui ne peut « être puni dans ses biens, soit puni dans sa « personne [1]? » Non pas précisément [2]; la preuve littérale de l'insolvabilité peut être trompeuse; il n'est pas impossible que le débiteur dissimule sa position et qu'il possède des ressources cachées. Les certificats et l'opinion publique ne sont donc pas des témoignages infaillibles, et il faut d'autres garanties à l'État, si souvent trompé par de faux rapports. Un certain temps de détention servira d'épreuve décisive et complétera la démonstration. Le condamné ne saurait s'en plaindre. La société, qui aurait le droit d'exiger à titre de peine la conversion de l'amende en emprisonnement, peut, à plus forte raison, l'exiger à titre de supplément de preuve et de sûreté.

Si l'on adoptait l'explication de Bayle-Mouillard, il faudrait dire que la contrainte par corps est une peine. Or, nous avons vu ci-dessus qu'elle ne mérite pas exactement ce nom [3], et l'article 37 de la loi de 1832 confirme expressément cette vérité [4].

642. Les articles 467 et 469 du Code pénal de 1810 avaient réglé la durée de cette épreuve supplétive suivant le caractère de gravité pénale de la condamnation. Ce n'était pas le chiffre des condamnations qui était pris pour point de départ; c'était la qualification donnée au fait [5]. Un an si la condamnation avait eu lieu pour crime; six mois si elle avait eu lieu pour délit correctionnel; quinze jours si elle avait eu lieu pour contravention de simple police.

643. L'article 35 a pris une autre base; que la condamnation ait lieu pour crime, délit, contravention, peu importe. C'est le chiffre de la condamnation qui est désormais la base décisive : quinze jours lorsque les condamnations pécuniaires n'excèdent pas 15 fr.;

Un mois lorsqu'elles s'élèvent de 15 fr. à 50 fr.;

Deux mois lorsqu'elles s'élèvent de 50 fr. à 100 fr.;

Quatre mois lorsqu'elles excèdent 100 fr.

644. Ici s'arrête l'échelle progressive. Quatre mois, voilà l'épreuve la plus longue pour les plus fortes sommes [6]. On voit que l'article 35 adoucit de beaucoup le régime antérieur. Car le *maximum* était d'un an sous le Code pénal; il n'est plus aujourd'hui que de quatre mois.

645. Il est un peu plus doux encore d'après le Code forestier [7] et le Code de la pêche fluviale [8]. Dans les matières spéciales que régissent ces deux Codes, le *maximum* est de deux mois; et cette épreuve de deux mois est attachée aux condamnations de 50 fr. et au-dessus. Ce n'est qu'en cas de récidive que l'épreuve libérale est portée au double.

646. Quant à la preuve de l'insolvabilité, elle est simple et facile. Le condamné n'a qu'à fournir : 1° un extrait du rôle des contributions constatant qu'il paye moins de 6 fr., ou bien un certificat du percepteur portant qu'il n'est pas imposé; 2° un certificat d'indigence délivré par le maire de la commune de son domicile ou par son adjoint, visé par le sous-préfet et approuvé par le préfet du département [9].

647. Maintenant, qu'arrivera-t-il s'il survient au débiteur des moyens de solvabilité? Ce point est réglé par l'article suivant.

Article 36.

Lorsque la contrainte par corps aura cessé en vertu de l'article précédent, elle pourra être reprise, mais une seule fois, et quant aux restitutions, dommages et intérêts et frais seulement, s'il est jugé contradictoirement avec le débiteur qu'il lui est survenu des moyens de solvabilité.

SOMMAIRE.

648. Si le débiteur d'insolvable qu'il était devient solvable, la contrainte par corps reprend ses droits.
649. Mais il ne peut être repris qu'une seule fois.
650. Et le retour à la contrainte par corps n'a jamais lieu pour l'amende.
651. Durée de la reprise de la contrainte par corps. Quelle est l'autorité compétente pour constater la survenance des moyens de solvabilité?

---

[1] P. 249.
[2] *Suprà*, n° 9.
[3] *Id.*
[4] *Infrà*, n° 652.
[5] *Suprà*, n° 47.
[6] *Infrà*, n° 676.
[7] Art. 213. Meaume.
[8] Art. 79.
[9] Art. 420 du C. d'instr. criminelle.

COMMENTAIRE.

648. La mise en liberté du débiteur est fondée sur son insolvabilité; si son indigence cesse, il doit se hâter de payer, sans quoi la contrainte par corps reprend ses droits.

Telle est la volonté de notre article; il n'a pas été emprunté comme le précédent au Code forestier; ce Code n'a pas de disposition semblable.

De là la question de savoir si l'article 36 domine les matières forestières. Plusieurs tiennent pour la négative [1]. Je ne puis partager leur avis. La loi de 1832 est la règle de la contrainte par corps en toute matière; et toutes les fois qu'elle ne trouve pas dans le Code forestier une disposition contraire qui lui fasse exception, elle étend son empire aux matières forestières. Or, le Code forestier n'a rien de contraire à notre article 36. Donc l'article 36 n'est pas étranger aux matières forestières.

649. En reparaissant, la contrainte par corps ne reprend pas ses droits d'une manière absolue.

Et d'abord, le condamné devenu solvable ne peut être ressaisi qu'une seule fois. Il y a là un adoucissement au Code pénal. D'après l'article 53, le condamné pouvait être réincarcéré autant de fois qu'il lui survenait des moyens de solvabilité. Il n'en est plus ainsi désormais; il ne peut être réintégré qu'une fois dans la prison.

650. Ensuite, ce retour à la contrainte par corps ne peut jamais avoir lieu pour le payement de l'amende. Il ne s'exerce que pour obtenir le recouvrement des restitutions, dommages et intérêts et frais seulement. Sous l'empire du Code pénal, il n'en était pas ainsi. L'article 53 s'était borné à consacrer la règle du droit commun qui donne aux restitutions et dommages-intérêts la préférence sur les amendes lorsque les biens sont insuffisants [2]. Mais si plus tard d'autres ressources obvenaient au débiteur, les amendes étaient recouvrables par la contrainte par corps. Notre article ne veut pas que l'amende, qui est une peine, jouisse de ce privilége et tourmente sans cesse l'avenir du condamné.

651. Lorsque le condamné est repris, la durée de son incarcération n'est jamais arbitraire lorsque la condamnation se monte à 300 francs et au-dessus; car le jugement de condamnation a dû fixer la limite de l'incarcération, et a dû la fixer même alors que l'insolvabilité lui était connue [3], afin que, le cas de reprise échéant, tout se trouve réglé d'avance.

Mais est-ce le tribunal civil ou le tribunal criminel qui constate la survenance des moyens de solvabilité et autorise par son jugement la reprise de la contrainte [4]? S'agissant de l'exécution d'un jugement rendu par les tribunaux criminels, je pense que c'est à eux qu'il appartient de connaître de notre question.

ARTICLE 37.

Dans tous les cas, la contrainte par corps exercée en vertu de l'article 33 est indépendante des peines prononcées contre les condamnés.

SOMMAIRE.

652. Conférence de l'art. 37 avec l'art. 2069, C. civil. La contrainte par corps n'est pas une peine; elle est indépendante des peines prononcées contre les condamnés.

653. En quel sens cependant on peut dire qu'elle dépend de la peine.

654. Suite.

COMMENTAIRE.

652. L'article 37 de la loi de 1832 est dans les matières pénales ce que l'article 2069 du Code civil est dans les matières du droit civil [5]. De même qu'au civil, la contrainte par corps n'empêche ni ne suspend les poursuites et les exécutions sur les biens, de même, au

---

[1] Meaume, t. 2, n° 1449. *Infrà*, n° 701.

[2] Mon comm. des *Hypothèques*, t. 1, n° 95 (*ter*), et t. 4, n° 1011. — Art. 2202, C. civ.

[3] *Infrà*, n°s 675, 676.

[4] Coin Delisle, p. 115, dit que c'est le tribunal civil.

[5] *Suprà*, n°s 341, 346.

criminel, la contrainte par corps est indépendante des peines prononcées contre les condamnés. La contrainte par corps n'est pas une peine [1]; c'est en vain qu'on voudrait l'imputer sur l'emprisonnement pénal auquel le délinquant a été condamné et confondre les deux genres d'incarcération. Notre article déclare expressément ce que nous avons dit si souvent, savoir, que la contrainte par corps n'est qu'un moyen de coaction et non pas une pénalité. Distincte de la peine corporelle, elle n'empêche pas la peine corporelle de sortir à effet.

653. En un sens, cependant, la contrainte par corps peut dépendre des peines prononcées : c'est lorsqu'elle est mise en action comme épreuve libératoire. Alors (on vient de le voir) [2] sa durée est subordonnée au taux des condamnations pécuniaires, et, par exemple, elle peut être plus ou moins longue suivant que l'amende est plus ou moins forte.

Dans le même sens encore, la contrainte par corps est, au point de vue de l'article 40 dont nous nous occuperons bientôt, dépendante de la condamnation; car si la peine s'élève au-dessus ou s'abaisse au-dessous de 300 fr., le temps de la contrainte par corps est renfermé dans des espaces de temps variables suivant les cas.

654. Mais ce n'est pas en ce sens que nous posons en principe que la contrainte par corps est indépendante des peines prononcées. Nous voulons dire seulement qu'elle est d'une autre nature, qu'elle porte un autre caractère. Même dans l'ordre d'idées des articles 35 et 40, la contrainte par corps, prise dans le sens où nous l'entendons, est indépendante et distincte des peines proprement dites. Les peines corporelles s'exécutent sans avoir rien de commun avec elle; elles produisent leur effet sans être empêchées par elle et sans l'empêcher.

Article 38.

Les arrêts et jugements contenant des condamnations en faveur des particuliers, pour réparations de crimes, délits ou contraventions commis à leur préjudice, seront, à leur diligence, signifiés et exécutés suivant les mêmes formes et voies de contrainte que les jugements portant des condamnations au profit de l'État.

Toutefois, les parties poursuivantes seront tenues de pourvoir à la consignation d'aliments, aux termes de la présente loi, lorsque la contrainte aura lieu à leur requête et dans leur intérêt [3].

SOMMAIRE.

655. L'action privée, fondée sur un fait punissable, a aussi le droit de prétendre à la contrainte par corps pour les frais, dommages et restitutions. Raison de cette disposition, qui est contraire aux pratiques du droit civil.

656. Mais si la condamnation à des dommages et intérêts a lieu par la cour d'assises après que le prévenu a été déclaré non coupable, la condamnation étant purement civile n'est pas soumise au principe de l'art. 38; elle reste sous l'empire du droit civil.

657. *Quid* si c'est le condamné qui obtient des dommages et intérêts?

658. La contrainte par corps a lieu sans distinction de personnes et de sexe.

659. Formes de l'exécution.

660. Des aliments à fournir par la partie civile.
Des aliments à fournir par l'État.

661. Si la partie civile ne consigne pas les aliments, le détenu doit être élargi et il ne peut plus être repris.

COMMENTAIRE.

655. L'action civile pour crime, délit et contravention, portée devant les tribunaux de répression, a ses inconvénients et ses avantages. Plus hostile pour le prévenu qu'elle expose aux coups de la vindicte publique, elle trouve auprès des juges moins de faveur pour le plaignant, plus de commisération pour le défendeur. Là où le premier espérait obtenir une réparation satisfaisante, il ne recueille souvent que l'odieux d'une inculpation insultante et les

---

[1] *Suprà*, nos 9, 641.
[2] *Suprà*, no 643.

[3] Voy. Code forestier, art. 215, et C. de la pêche fluviale, art. 81.

coups de la défense irritée. Puis, au lieu de l'indemnité sur laquelle il comptait, il supporte le poids de tous les frais dont il a dû faire l'avance et qui retombent à sa charge. D'un autre côté, s'il triomphe, le jugement de condamnation, armé de sanctions plus énergiques que si les tribunaux civils eussent été saisis, engendre de plein droit la contrainte par corps pour les restitutions, les dommages et intérêts [1]; les frais eux-mêmes sont protégés par ce moyen de coaction [2]. Ils ont eu pour résultat autant d'arriver à des réparations civiles que de mettre le ministère public à même d'obtenir vengeance pour la société; car ce magistrat a profité de l'action civile pour y superposer la sienne et faire tourner au profit de la vindicte publique l'intérêt individuel. Ce contact communique donc une sorte de privilége à l'action privée; elle gagne dans cette association un avantage qui vient compenser d'autres chances moins bonnes, attachées à ce périlleux mode de poursuites.

656. Il arrive quelquefois que l'accusé est déclaré non coupable par le jury, et que néanmoins la cour d'assises adjuge des dommages et intérêts à la partie civile. On demande si la contrainte par corps a lieu de plein droit en vertu du principe du droit criminel consacré par l'article 52 du Code pénal; ou bien si l'on est obligé d'en revenir aux règles du droit civil, lequel n'attache la contrainte par corps aux dédommagements qu'autant que les juges l'ont ainsi décidé, *arbitrio boni viri* [3], et la refuse aux dépens [4].

Nous avons vu ci-dessus [5] que lorsque l'action pour réparation d'un crime ou d'un délit est portée devant les tribunaux civils, elle est entièrement civilisée et n'emprunte rien au droit criminel. Réciproquement, suffit-il que la même action ait été intentée devant les tribunaux criminels pour que ceux-ci, dominés par l'article 52 du Code pénal, n'aient aucun égard aux textes du droit civil?

Nous ne le pensons pas [6].

D'abord, le droit civil est le droit commun, et le droit criminel, qui n'est qu'un droit exceptionnel, ne saurait s'opposer à lui et le vaincre devant les tribunaux civils. Il y a plus : et lorsque les tribunaux criminels, saisis d'une affaire, ne trouvent pas dans le droit criminel les raisons de la décider, c'est au droit civil, c'est-à-dire au droit commun, qu'ils ont recours. Le retour au droit commun est toujours la marche régulière en pareil cas.

Or, l'article 52 du Code pénal et l'article 38 de la loi du 17 avril 1832, corollaire de l'article 52, n'attachent la contrainte par corps de plein droit qu'aux condamnations prononcées pour *crimes, délits ou contraventions*. Si donc le prévenu a été déclaré non coupable, c'est qu'il n'a commis ni crime ni délit; et s'il n'a commis ni crime ni délit, la condamnation en dommages et intérêts ne rentre pas dans les prévisions des textes cités; le fait n'est qu'un simple dommage civil, dépouillé de tout caractère criminel et rentrant dans les dispositions de l'article 1382 du Code civil. En un mot, le tribunal criminel remplit l'office d'un tribunal civil; il statue sur un fait civil; il applique la loi civile. La contrainte par corps n'a donc pas lieu *ipso jure*. Le demandeur ne peut l'exercer en vertu du jugement de condamnation que si le juge l'y a autorisé par une disposition expresse.

657. Lorsque le prévenu est déclaré non coupable, il peut arriver autre chose : c'est que c'est lui qui obtient des dommages et intérêts contre le plaignant. L'arrêt de condamnation engendrera-t-il de plein droit la contrainte personnelle?

Il faut distinguer.

Ou le plaignant est condamné parce que sa plainte porte un caractère injurieux et diffamatoire, et alors la contrainte par corps a lieu de plein droit [7]. La condamnation est en effet prononcée pour délit caractérisé. Le tribunal criminel est dans son rôle naturel; il n'emprunte rien à la compétence des tribunaux civils.

Ou bien le plaignant a été condamné à des dommages et intérêts parce qu'il a été seulement imprudent et léger. Et alors la contrainte par corps n'est pas virtuelle. La matière est de pure réparation civile [8].

658. Quand c'est l'État qui obtient une condamnation pour crime, délit et contravention, la contrainte par corps s'exerce contre le condamné sans distinction d'âge ni de sexe [9]. Il en est de même alors que c'est au profit de la partie civile que la condamnation est prononcée [10]. La loi criminelle ne met pas de différence entre les demandeurs; ce n'est pas à cause du privilége de leurs personnes qu'elle accorde la contrainte, c'est à cause de la défaveur et de l'odieux de la chose.

659. L'exécution du jugement de condamnation portant contrainte par corps se poursuit d'après les formes indiquées aux nos 629, 630, 631, 632. Seulement, c'est la partie civile qui requiert, et non plus le receveur de l'enregistrement.

660. Du reste, la partie civile doit, comme en matière ordinaire, pourvoir aux aliments

---

[1] *Suprà*, no 616.
[2] *Id.*
[3] Art. 125, C. proc. *Supra* no 214.
[4] *Suprà*, no 215.
[5] No 252.
[6] *Junge* Coin-Delisle, p. 115, no 5.
[7] Cass., 31 mai 1816. *Pasicrisie*, à cette date.
[8] Voy. Merlin, *Répert.*, vo *Réparation civile*, § 2, affaire Michel.
[9] *Suprà*, nos 625, 626, 627.
[10] Arrêt précité de la cour de cassation du 31 mai 1816.

du détenu [1]. En ce point, elle est dans une situation autre que l'État; car nous avons vu ci-dessus le droit exceptionnel introduit en faveur de ce dernier [2]. Au contraire, quand c'est la partie civile qui fait exécuter la contrainte par corps, notre article prend soin de la renvoyer au droit commun.

661. Il suit de là que si le détenu obtient son élargissement faute de consignation d'aliments [3], il profite du bénéfice plein et entier de l'article 31 [4] et ne peut plus être repris. Cet article fait partie des dispositions auxquelles notre article renvoie en masse.

Article 39.

Lorsque la condamnation prononcée n'excédera pas 300 fr., la mise en liberté des condamnés, arrêtés ou détenus à la requête des particuliers, ne pourra avoir lieu, en vertu des articles 34, 35, 36, qu'autant que la validité des cautions ou l'insolvabilité des condamnés auront été, en cas de contestation, jugées contradictoirement avec le créancier.

La durée de la contrainte sera déterminée par le jugement de condamnation dans les limites de six mois à cinq ans.

SOMMAIRE.

662. Le but de l'art. 39 est de faire ressortir certaines différences qui existent entre l'État et la partie civile.
663. Des cas où la partie civile peut être forcée d'accepter une caution.
664. Comment est discutée la caution quand elle est offerte à la partie civile; quel est le mode de discussion quand elle est offerte à l'État.
665. Suite et renvoi.
666. Y a-t-il une différence entre la partie civile et l'État quand il s'agit de l'insolvabilité du détenu?
667. Suite.
668. Suite.
669. De la durée de l'emprisonnement. Des condamnations au-dessus de 300 fr. et des condamnations au-dessous.
670. Suite.
671. Suite.

COMMENTAIRE.

662. L'article 39 s'occupe encore de la partie civile. Son but est de faire ressortir certaines différences qui existent entre sa situation et celle de l'État. Mais dans la formule dont il se sert, au lieu d'employer les expressions claires et directes qui convenaient à la circonstance, il préfère les sous-entendus et procède par voie détournée. Il faut suppléer par l'interprétation et le raisonnement aux lacunes de la rédaction. Si l'on voulait trouver un modèle de style législatif, ce n'est assurément pas dans la loi de 1832 qu'il faudrait aller le chercher [5].

663. Et d'abord, l'article 39 se place dans l'hypothèse où la condamnation est au-dessus de 300 francs. Nous expliquerons bientôt pourquoi ces expressions : « *lorsque la condamnation n'excède pas* 300 *fr.* » signifient : lorsque la condamnation ne s'élève pas à 300 fr. [6]. Alors, la partie civile ne peut refuser le bail d'une caution qui lui est offerte par le condamné. On lui applique la règle dont nous avons vu ci-dessus le développement [7].

En sera-t-il de même quand la condamnation sera de 300 francs et au-dessus? La partie civile sera-t-elle traitée comme l'État, qui, dans tous les cas et quel que soit le taux de la condamnation, ne peut refuser le bail d'une caution [8]? Non! ce n'est que lorsque la condamnation est au-dessous de 300 francs que la partie civile est obligée d'accepter une caution, au lieu de recevoir un payement effectif. On sait que, d'après la rigueur des principes, le débiteur ne se libère pas en offrant une caution. « *Cautionem vero interponere de solvendo non* » *sufficit* [9]. » Il faut donc une loi précise pour obliger le créancier à se relâcher de la rigueur

[1] *Suprà*, nos 586 et suiv.
[2] No 594.
[3] *Suprà*, nos 596 et suiv.
[4] *Suprà*, nos 603 et suiv.
[5] *Supra*, no 635. *Infrà*, no 672.
[6] *Infrà*, nos 672, 673.
[7] No 635.
[8] *Suprà*, no 635.
[9] *Suprà*, no 635, note.

de son droit. Or, cette loi n'existe, à l'égard de la partie civile, que lorsque la condamnation est au-dessous de 300 francs. Mais si la condamnation est de sommes plus considérables, on ne trouve pas de texte qui déroge au droit commun. C'est donc le cas d'appliquer avec sûreté la règle si souvent trompeuse : « *Qui dicit de » uno, de altero negat.* »

664. Quand c'est avec l'État qu'existe le débat, la validité de la caution est discutée par le receveur de l'enregistrement. Ici, c'est avec le créancier que la question de validité doit être jugée contradictoirement.

665. Pour le surplus, les dispositions de l'article 34 sont applicables à la partie civile; il suffit de renvoyer aux n°s 637, 638, 639.

666. Venons à un autre point de comparaison établi par notre article entre l'État et la partie civile.

L'insolvabilité du débiteur est une cause d'élargissement à l'égard de l'État, et il ne reste plus au condamné qu'à subir un temps d'épreuve dont nous avons vu la limite [1]. Le même bénéfice d'insolvabilité est établi au profit du débiteur contre la partie civile. Au premier coup d'œil, on peut s'étonner que le droit criminel ait pris si peu de soin de se mettre d'accord avec le droit civil. Car le débiteur, condamné par un tribunal civil pour dommages et intérêts, est obligé de finir en prison le temps fixé par la condamnation. Au contraire, le débiteur condamné au criminel est traité plus favorablement et trouve dans son insolvabilité un terme à la contrainte.

Cependant faisons une réflexion : au criminel, la contrainte par corps est de droit; elle n'admet pas de distinction et d'exception. Elle frappe aveuglément tous les condamnés. N'était-il pas juste, dès lors, de tenir compte d'un accident aussi considérable que l'insolvabilité, pour corriger quelquefois ce niveau absolu? Au contraire, dans les jugements civils rendus sur faits délictueux, la contrainte par corps n'est pas de droit; elle dépend de l'arbitraire du juge, qui examine les circonstances du fait et les conditions de la personne; et l'on suppose que si la condamnation a prononcé la contrainte, c'est que la personne n'a pas été trouvée insolvable, ou que du moins le juge a cru cette épreuve nécessaire pour qu'on ajoutât foi à son insolvabilité. Ainsi, malgré des différences graves en apparence, les deux actions réalisent les mêmes tempéraments, en suivant chacune la ligne qui lui est propre.

La partie civile est donc semblable à l'État au point de vue du bénéfice d'insolvabilité.

667. Mais lui est-elle semblable en tout, de telle sorte que, de même qu'on peut opposer à l'État le bénéfice d'insolvabilité même lorsque la condamnation est de 300 francs et au-dessus [2], on puisse l'opposer à la partie civile lorsque la condamnation est de ces sommes?

L'article 39, que nous analysons, se réfère à l'article 35 qui organise le bénéfice d'insolvabilité en ce qui concerne l'État. Mais il ne s'y réfère que lorsque la condamnation prononcée est de 300 fr. et au-dessous; restriction qui n'existe pas dans les articles précédents relatifs au droit de l'État. — C'est donc le cas de répéter : *Qui dicit de uno, de altero negat* [3].

Au surplus, on se rappelle que, même sous l'empire du Code pénal, l'insolvabilité du débiteur produisait à l'égard de la partie civile des effets moins considérables qu'à l'égard de l'État [4]. Notre article a voulu laisser subsister quelque chose de cette diversité.

668. Voici une autre différence : dans les matières qui intéressent l'État, l'insolvabilité se prouve par les moyens que nous avons indiqués au n° 646. Mais à l'égard de la partie civile la loi décide que ces justifications n'ont de valeur qu'autant qu'elles sont discutées et appréciées contradictoirement avec le créancier.

669. Passons à une dernière et grave différence.

Nous venons de voir deux cas où l'emprisonnement prononcé au profit de la partie civile, pour sommes au-dessous de 300 francs, cesse quoique les causes n'en aient pas été payées : 1° bail d'une caution; 2° insolvabilité.

Si le condamné au-dessous de 300 fr. n'a pas de caution à offrir, ou s'il ne peut prouver son insolvabilité, il gardera prison.

Mais combien de temps durera son emprisonnement? Sera-t-il indéfini? Nullement. Le système des emprisonnements illimités est contraire à la pensée dominante de la loi de 1832 [5]. Notre article exige donc que la durée de l'emprisonnement soit fixée par le jugement de condamnation. La limite est de six mois à cinq ans [6].

670. Mais cette obligation, si impérieusement imposée aux tribunaux lorsqu'ils sont en face de la partie civile, les suit-elle quand c'est au profit de l'État qu'ils prononcent des condamnations au-dessous de 300 francs? La raison dit oui; mais le texte dit non : et la jurisprudence des arrêts s'est crue obligée de fléchir devant le texte [7].

Pourquoi la raison se prononce-t-elle pour l'affirmative? Parce que, ainsi que nous le verrons dans l'article suivant, toutes les fois que la condamnation est de 300 francs et au-dessus,

[1] *Suprà*, n°s 641 et suiv.
[2] *Suprà*, n° 644, et *infrà*, n° 676.
[3] *Suprà*, n° 52. Parant, conclus. à la cour de cassation (Dall., 35, 1, 168).
[4] *Suprà*, n° 48. *Infrà*, n° 676.
[5] Art. 5, 7, 13, 17, 27.
[6] *Suprà*, n° 48.
[7] *Suprà*, n° 54, les arrêts de la cour de cassation, rendus contre les conclusions de Parant.

les tribunaux qui la prononçent au profit de l'État sont tenus de lui imposer des limites; limites qui s'étendent depuis un an jusqu'à dix ans. Or, n'est-il pas singulier que les condamnations les plus fortes n'entraînent qu'un emprisonnement limité, tandis que les plus faibles ont pour cortége un emprisonnement indéfini? Les criminalistes ont trouvé des explications à cette bizarrerie [1]. Je les félicite de leur sagacité [2].

671. Il arrive donc ceci : c'est que les condamnations au-dessous de 300 francs adjugées aux parties civiles doivent fixer la durée de l'emprisonnement depuis six mois jusqu'à cinq ans, et qu'au contraire, les condamnations de même somme qui sont prononcées au profit de l'État durent indéfiniment, à moins que le débiteur ne paye, ou qu'il ne donne caution, ou qu'il ne prouve son insolvabilité.

Article 40.

Dans tous les cas, et quand bien même l'insolvabilité du débiteur pourrait être constatée, si la condamnation prononcée, soit en faveur d'un particulier, soit en faveur de l'État, s'élève à 300 fr., la durée de la contrainte sera déterminée par le jugement de condamnation dans les limites fixées par l'article 7 de la présente loi.

Néanmoins, si le débiteur a commencé sa soixante et dixième année avant le jugement, les juges pourront réduire le *minimum* à six mois, et ils ne pourront dépasser un *maximum* de cinq ans.

S'il a atteint sa soixante et dixième année pendant la durée de la contrainte, sa détention sera, de plein droit, réduite à la moitié du temps qu'elle avait encore à courir aux termes du jugement.

SOMMAIRE.

672. Vice de rédaction de l'art. 40.
673. Suite.
674. Véritable pensée de cet article. Tout jugement qui prononce une condamnation de 300 francs doit fixer la durée de la contrainte par corps.
675. Cette fixation doit avoir lieu lors même que le condamné serait insolvable.
676. Suite. Ceci n'a pas été bien compris par tous les auteurs.
677. De la durée de l'emprisonnement quand le condamné est un septuagénaire.
678. Suite.
679. Suite.
680. Retour sur les questions examinées aux n°s 670 et 671.

COMMENTAIRE.

672. L'article 40, dont nous parlions au numéro 670, règle la contrainte par corps attachée aux condamnations qui s'élèvent à 300 fr. et au-dessus, et qui sont prononcées, soit au profit de l'État, soit au profit des parties civiles. Il en fixe la durée d'un an à cinq ans. Mais, avant d'entrer dans le développement de ses dispositions, signalons une nouvelle imperfection dans la rédaction de la loi de 1832 [3].

L'article 39, s'occupant des condamnations prononcées au profit des parties civiles, veut que *lorsqu'elles n'excèdent pas* 300 fr. la durée de la contrainte par corps soit toujours limitée de six mois à cinq ans. Or, une condamnation de 300 fr. est une condamnation qui n'excède pas 300 fr.; donc une condamnation de 300 fr. au plus ne peut entraîner une contrainte par corps de plus de cinq ans.

Voici maintenant l'article 40, et nous lisons dans son texte que lorsque la condamnation *s'élève à* 300 fr., la durée de la contrainte par corps pourra être d'un an au moins et de dix ans au plus. Or, une condamnation de 300 fr. ni plus ni moins *s'élève à* 300 fr., et il n'y a pas de différence entre elle et une condamnation qui n'excède pas 300 fr. Eh bien ! par l'article 39, la condamnation à 300 fr. doit avoir pour sanction une contrainte par corps de six mois à cinq ans; et, par l'article 40, une condamnation à la même somme doit avoir pour

[1] Arrêts précités.
[2] *Infrà*, n° 680, une observation importante.

[3] *Suprà*, n°s 635 et 662.

sanction un emprisonnement d'un an à cinq ans. Est-ce ainsi qu'on rédige les lois ?

673. Pour terminer ce différend, il faut recourir à l'esprit de la loi. Or, l'article 40 nous renvoie à l'article 7 pour fixer d'un à dix ans la durée de la contrainte par corps, et l'article 7 se lie intimement à l'article 2065 du Code civil, d'après lequel ce n'est que pour les condamnations à 300 fr. et au-dessus que la contrainte peut être exercée. Il faut donc dire que la longue contrainte de cinq à dix ans, édictée par notre article, n'est établie que pour les condamnations pénales à 300 fr. et au-dessus; tandis que la contrainte plus courte de six mois à cinq ans, édictée par l'article 39, n'est applicable qu'aux condamnations au-dessous du chiffre de 300 fr. [1].

674. Ceci entendu, venons au fond de notre article. Le législateur ne fait plus ici de distinction entre l'État et la partie civile. Il parle pour tous les deux, et pose des règles communes à l'un et à l'autre. Il exige que le jugement de condamnation qui s'élève à 300 fr. et au-dessus fixe la durée de la contrainte par corps dans les limites d'un à dix ans. En un mot, ce que l'article 39 a établi à l'égard de la partie civile quand la condamnation est au-dessous de 300 fr., l'article 40 le prescrit, tant à l'égard de la partie civile que de l'État, lorsque la condamnation est de 300 fr. et au-dessus [2].

675. Le jugement ne doit pas s'écarter de cette précaution alors même que l'insolvabilité du débiteur est constatée. Cette circonstance de l'insolvabilité n'empêche pas la fixation d'un à cinq ans, exigée par notre article. La raison en est simple et évidente : l'article 36 décide, en effet, que lorsque l'emprisonnement a cessé par raison d'insolvabilité, la contrainte peut néanmoins être reprise s'il survient au condamné de nouvelles ressources; or, ce cas échéant, pendant combien de temps durera la contrainte? Sera-t-elle indéfinie? Sera-t-elle limitée? D'après le système de la loi de 1832, elle est nécessairement limitée lorsque la condamnation est de 300 fr. et au-dessus. Il faut donc que le jugement de condamnation détermine cette limite, afin que si l'insolvable vient à être pris à cause de ses nouvelles ressources, on sache pendant combien de temps sa détention durera [3].

676. Coin-Delisle n'a pas compris comme nous ce texte de l'article 40 [4]. Suivant lui, il en résulte que, lorsque la condamnation est de 300 fr. et au-dessus, l'insolvabilité prouvée n'apporte aucun tempérament à la situation du débiteur; qu'il ne peut se faire élargir, et qu'il doit subir jusqu'au bout la contrainte d'un an à dix ans arbitrée par le tribunal.

Cette opinion me semble erronée. Le Code pénal de 1810 avait organisé le bénéfice d'insolvabilité de manière à en faire profiter tous les condamnés quelconques, même les condamnés à des peines de grand criminel; un an d'épreuve suffisait à ces derniers [5]. Peut-on supposer que la loi de 1832 ait été plus sévère et que le bénéfice d'insolvabilité n'ait été réservé que pour les petites condamnations? Peut-on croire que celui qui, sous l'empire du Code pénal, s'en serait tiré avec un an de prison, doive, sous l'empire de la loi de 1832, subir jusqu'au bout la contrainte de quatre ans, cinq ans, fixée par le jugement [6]?

L'article 35, qui règle le bénéfice d'insolvabilité, est général; il peut être opposé à l'État dans tous les cas; il ne fait pas de distinction entre les condamnations de 300 fr. et au-dessus et les condamnations à des sommes inférieures [7]. Ce n'est que lorsque le condamné est en présence de la partie civile que la loi de 1832 fait une distinction entre les condamnations qui sont de 300 fr. et au-dessus et celles qui sont au-dessous, n'attribuant le bénéfice d'insolvabilité qu'aux individus atteints par les secondes [8].

Sous un autre rapport, l'article 40 est loin d'avoir le sens que lui prête Coin-Delisle. Que dit son texte? qu'alors même que l'insolvabilité du condamné est constatée, le jugement portant condamnation à 300 fr. et au-dessus doit fixer à la contrainte par corps une limite d'un à dix ans. Mais ceci ne signifie pas que l'insolvable poursuivi par l'État subira nécessairement cette contrainte en entier et sans tempérament; car l'article 40 s'explique par l'article 35, et dès lors le condamné dont la contrainte a été fixée à un an, ou à deux ans, ou à cinq ans, sera exonéré au bout de quatre mois quand il prouvera son insolvabilité.

Pourquoi faut-il donc que, même lorsque le condamné est insolvable, le jugement portant condamnation à 300 fr. et au-dessus au profit de l'État fixe la limite de la contrainte? J'en ai déjà fait l'observation : c'est parce que l'insolvable qui a été libéré avant le temps préfix peut être repris s'il lui survient des ressources; c'est qu'alors il ne faut pas qu'il tombe à toujours sous la main de l'État son créancier; c'est qu'il faut par conséquent que le juge qui

---

[1] *Suprà*, nos 48 et suiv.

[2] Ceci est-il applicable aux matières forestières? Meaume soutient la négative avec quelques arrêts, t. 1, no 1450.

Je préfère l'avis contraire, qui a prévalu dans un arrêt de Metz du 3 août 1836, également cité par cet auteur.

Il s'agit ici de dispositions générales qui ne sont pas proprement des dérogations au Code forestier, mais qui le complètent.

[3] *Suprà*, no 651.

[4] P. 116, col. 2, no 1.

[5] *Suprà*, nos 47, 619, 642.

[6] *Suprà*, no 644.

[7] *Id.*

[8] *Suprà*, no 667.

a été saisi du fait, et qui en a apprécié le caractère, fixe d'avance et en connaissance de cause la durée que mérite la contrainte.

677. Nous venons de voir la durée de la contrainte par corps lorsque la condamnation prononcée, soit au profit de l'État, soit au profit de la partie civile, s'élève à 300 fr. et au-dessus. Le *minimum* est d'un an; le *maximum* est de dix ans.

Mais si le débiteur a commencé sa soixante et dixième année, les juges pourront réduire le *minimum* à six mois; le *maximum* ne pourra dépasser cinq ans [1]. C'est un adoucissement apporté par la loi de 1832 au droit ancien.

678. Que si c'est après la condamnation que le débiteur a commencé sa soixante et dixième année, sa détention sera réduite de plein droit à la moitié du temps qu'elle avait encore à courir d'après le jugement.

679. Du reste, ces deux bénéfices accordés à l'âge n'ont lieu que lorsque la condamnation prononcée au profit de l'État ou au profit des particuliers s'élève à 300 fr. et au-dessus. Toutes les fois qu'elle est inférieure à 300 fr., le septuagénaire reste dans le droit criminel commun; aucun texte ne vient à son secours.

680. Cette observation achève de démontrer l'anomalie de la jurisprudence d'après laquelle la contrainte par corps est illimitée lorsqu'elle est exercée en vertu de condamnations prononcées en faveur de l'État et ne s'élevant pas à 300 fr. [2]. Il s'ensuit que le septuagénaire ainsi condamné à de faibles sommes sera plus sévèrement traité que s'il eût été condamné à 300 fr. et au-dessus. Il regrettera l'indulgence des juges, il devra appeler dans son cœur une peine plus dure!

Article 41.

Les articles 19, 21 et 22 de la présente loi sont applicables à la contrainte par corps exercée par suite des condamnations criminelles, correctionnelles et de police.

SOMMAIRE.

681. La contrainte par corps en matière criminelle ne saurait devenir un *impium præsidium*.
682. L'art. 41 est dû à un motif d'humanité.
683. Suite.

COMMENTAIRE.

681. Les raisons de moralité qui ont fait édicter l'article 19 s'étendent aux matières criminelles. En droit criminel, pas plus qu'en droit civil et commercial, la contrainte par corps ne peut dégénérer en *impium præsidium* [3].

682. L'article 21 est dû à un motif d'humanité [4]. Notre article a bien fait d'en communiquer les dispositions aux matières criminelles.

683. Enfin l'article 22 donne au débiteur des garanties dont il est juste qu'il profite quand il s'agit d'une exécution criminelle [5].

[1] *Suprà*, n° 626.
[2] *Suprà*, n°s 670, 671.
[3] *Suprà*, n° 535.
[4] *Suprà*, n° 547.
[5] *Suprà*, n° 552.

TITRE VI.

DISPOSITIONS TRANSITOIRES.

Article 42.

Un mois après la promulgation de la présente loi, tous débiteurs actuellement détenus pour dettes civiles ou commerciales obtiendront leur élargissement s'ils ont commencé leur soixante et dixième année, à l'exception des stellionataires, à l'égard desquels il n'est nullement dérogé au Code civil.

SOMMAIRE.

684. Conséquences de la loi de 1832 sur le passé.
685. Elle n'encourt aucun vice de rétroactivité.
686. Suite.
687. Suite.
688. Suite.

COMMENTAIRE.

684. Lorsque Jacquinot-Pampelune fit à la chambre des députés sa proposition de 1838, il posa, sans la résoudre, la question de savoir si la loi nouvelle, qu'il sollicitait dans une vue d'amélioration du sort des détenus pour dettes, pouvait, sans tomber dans le vice de rétroactivité, influer sur les dettes contractées et sur les arrestations effectuées avant sa promulgation.

Au point de vue législatif, cette question n'était pas difficile à trancher. Le législateur avait les mains libres; il pouvait user de son droit de la manière la plus large, et soumettre à l'empire de ses dispositions nouvelles toutes les contraintes quelconques, non-seulement les contraintes attachées à des dettes déjà contractées ou à des jugements déjà prononcés, mais encore les arrestations effectuées.

Toutefois, la loi de 1832 n'a pas voulu embrasser un horizon si vaste. Elle l'aurait pu sans excès de pouvoir; elle ne l'a pas fait, sans doute par ménagement. Elle laisse à l'écart tout ce qui touche à son influence sur les dettes contractées et sor les jugements rendus, mais non exécutés avant sa promulgation; à cet égard, il faut s'en référer aux principes généraux et aux doctrines qui servent d'explication ordinaire à l'article 2 du Code civil [1]. Notre titre 6 n'a porté ses regards que sur les individus déjà détenus à l'époque de l'émission de la loi de 1832; et encore a-t-il poussé la réserve jusqu'à ne s'occuper que de ceux dont l'emprisonnement était illimité. Il leur accorde le bénéfice d'un emprisonnement limité. Nous le répétons : il en avait le droit, et nul ne peut dire que la loi de 1832 soit tombée dans le vice de rétroactivité en étendant, dans une certaine mesure, ses dispositions bienfaisantes aux individus déjà frappés de la contrainte par corps.

685. D'une part, en effet, la contrainte par corps est une voie d'exécution. Or, s'il est une règle connue et respectée, c'est celle qui considère l'exécution des jugements et des actes comme appartenant toujours à l'avenir, et pouvant être gouvernée par la loi la plus nouvelle [2]. Cette loi ne saurait être accusée de rétroactivité lorsqu'elle saisit, dès l'instant de sa promulgation, la procédure à suivre, et qu'elle oblige à s'y conformer ceux-là mêmes qui ont obtenu des jugements ou des droits antérieurs à sa promulgation.

686. D'autre part, la contrainte par corps touche à la liberté, et toute loi qui vient améliorer le sort des personnes est maîtresse de se donner une application immédiate [3].

[1] *Infrà*, nos 703 et suiv.
[2] Cass., 22 mars 1809. Merlin, *Répert.*, vo *Effet rétroactif*, sect. 3, § 10.
[3] Cass., 20 mai 1806; *id.*, 6 juin 1810; *id.* 12 juin 1815.

687. Enfin, la contrainte par corps se lie à l'ordre public, et la loi qui, parlant au nom de ce grand intérêt, décide qu'il exige telle ou telle disposition nouvelle et actuellement applicable, doit être sur-le-champ obéie, sans craindre le conflit des droits acquis. Il n'y a pas de droits acquis en cette matière.

688. C'est en appliquant cette théorie incontestable que notre article veut que les septuagénaires incarcérés profitent au bout d'un mois du bénéfice introduit en leur faveur par l'article 4 [1] et par l'article 18 [2]. Le créancier ne peut pas dire qu'il avait un droit acquis de les retenir indéfiniment d'après les dispositions de l'ancienne loi. Le mode d'exécution des obligations peut être changé par la loi nouvelle sans effet rétroactif; et puis, quand il s'agit de la liberté, de ce droit précieux dont la conservation appartient à l'ordre public, le législateur est maître de faire jouir de ses dispositions humaines les personnes placées dans une position moins libre par la loi ancienne. Lorsqu'il décide qu'on plus grand sacrifice de la liberté est inutile au bien public, rien ne doit arrêter sa volonté bienfaisante.

Article 43.

Après le même délai d'un mois, les individus actuellement détenus pour dettes civiles emportant contrainte par corps obtiendront leur élargissement si cette contrainte a duré dix ans dans les cas prévus au premier paragraphe de l'article 7, et si cette contrainte a duré cinq ans dans les cas prévus au deuxième paragraphe du même article; comme encore si elle a duré dix ans et s'ils sont détenus comme débiteurs ou rétentionnaires de deniers ou d'effets mobiliers de l'État, des communes et des établissements publics.

SOMMAIRE.

689. La loi de 1832 limite tous les emprisonnements qui auparavant étaient illimités.
690. Suite. Des dettes civiles et des dettes commerciales.
691. Application aux emprisonnements commencés du principe que toute contrainte par corps est désormais limitée.
692. Suite.
693. Conclusion.

COMMENTAIRE.

689. Par suite des mêmes idées, notre article veut que tous les emprisonnements illimités d'après les anciennes lois profitent du bénéfice de la présente loi qui les restreint à une certaine durée. Peu importe qu'ils aient commencé sous les auspices plus sévères de l'ancienne loi. La loi nouvelle a été maîtresse d'y mettre un terme. C'est ainsi que l'abolition de la contrainte par corps pour mois de nourrice profita, sous Louis XVI, à toutes les personnes détenues pour cette cause ; c'est ainsi que la loi du 9 mars 1793, aussitôt qu'elle fut promulguée, ouvrait les portes des prisons à tous les détenus pour dettes. Ici la loi décide, dans sa souveraine sagesse, qu'un emprisonnement plus long ne serait pas justifié par des avantages suffisants et par des raisons péremptoires; elle doit être à l'instant obéie. L'ancienne loi, déclarée trop rigoureuse, ne peut survivre à cette condamnation.

690. On remarquera que notre article, à la différence du précédent, ne parle que des dettes civiles, et qu'il ne s'occupe pas des individus détenus pour dettes commerciales. La raison en est que son but a été de mettre des limites aux emprisonnements illimités commencés avant lui. Or, sous le régime précédent, l'emprisonnement pour dettes commerciales était toujours limité à cinq ans [3].

691. Il y a une autre remarque à faire.

Notre article règle le sort de ceux qui, ayant commencé sous l'empire de l'ancienne loi une contrainte illimitée, ont fini en prison, au moment de l'émission de la loi nouvelle, le *maximum* réglé par celle-ci.

Mais que devra-t on décider à l'égard de ceux qui n'ont pas épuisé ce *maximum* avant la loi nouvelle?

Par exemple, Pierre, condamné pour violation de dépôt nécessaire, par un jugement qui le soumet à la contrainte par corps, a passé cinq ans en prison sous l'empire du Code civil.

[1] *Suprà*, n° 414.
[2] *Suprà*, n° 532.
[3] *Suprà*, n°s 420, 421. *Infrà*, n° 699.

Vient la publication de la loi de 1832, qui limite toutes les contraintes par corps à une durée d'un an au moins et de dix ans au plus [1].

Pierre ne pourra pas obtenir son élargissement immédiat en vertu de notre article, puisqu'il n'a pas passé en prison le *maximum* de dix ans. D'un autre côté, il ne pourrait être retenu indéfiniment en prison; car les emprisonnements illimités sont contraires à la volonté de la loi nouvelle. Et d'ailleurs, il ne serait pas juste, il serait absurde que celui qui n'a pas encore fini dix ans au moment de la promulgation de la loi de 1832 fût traité d'une manière plus sévère que celui qui a terminé ce temps à cette époque.

Pierre pourra donc prétendre à voir un jour la fin de cet emprisonnement qui avait été commencé avec le triste augure d'une durée illimitée.

Mais quand viendra ce jour?

Faudra-t-il lui compter les cinq ans qu'il a déjà faits, et n'exiger de lui que cinq autres années, afin de former le *maximum* de dix ans?

Ou bien exigera-t-on qu'il fasse dix ans entiers sous la loi nouvelle, sans lui tenir compte des cinq années écoulées sous la loi précédente?

Je pense qu'il satisfera au vœu de la loi en ajoutant cinq années d'incarcération aux cinq années subies antérieurement. Il est, en effet, dans l'esprit de notre article de tenir compte de l'incarcération subie sous le Code civil. La preuve en est dans l'élargissement que notre article accorde au débiteur qui a fait dix ans en prison avant sa promulgation. Si les dix ans doivent être comptés pour procurer l'élargissement immédiat, cinq ans doivent entrer pareillement en ligne de compte pour arriver à un élargissement à venir.

692. Sans quoi on tomberait dans les plus étranges bizarreries.

Pierre, incarcéré pour dette civile sous le Code civil, a passé en prison dix années, qui se terminent juste au moment de la promulgation de la loi de 1832: un mois après il sera mis en liberté.

Mais si au lieu d'avoir épuisé dix ans il n'en a fait que neuf, il faudra donc, au gré de ceux qui voudraient mettre à l'écart le temps écoulé avant la loi de 1832, qu'il subisse dix ans d'incarcération!

D'où il suit que, dans le premier cas, Pierre aura été libéré par dix ans, ni plus ni moins.

Dans le second, il ne le serait que par dix-neuf ans!

Il suffit d'énoncer de tels résultats pour montrer l'absurdité du principe dont ils émanent.

693. Concluons : le temps écoulé sous le Code civil ne sera pas perdu ; il entrera en compte; il suffira d'y ajouter, à partir de la loi nouvelle, le nombre d'années nécessaire pour fournir les dix ans.

Article 44.

Deux mois après la promulgation de la présente loi, les étrangers actuellement détenus pour dettes et dont l'emprisonnement aura duré dix ans obtiendront également leur élargissement.

SOMMAIRE.

694. Application aux étrangers du principe nouveau qui veut que tout emprisonnement soit limité.
695. Suite.
696. Suite.
697. Suite.

COMMENTAIRE.

694. Notre article ne veut même pas que les étrangers soient oubliés. Jadis leur emprisonnement était perpétuel [2]. La loi nouvelle, qui désapprouve cette rigueur, se serait manqué à elle-même si elle en avait laissé subsister des traces après sa promulgation.

Donc, toute incarcération d'étranger commencée avant la loi de 1832 avec une durée illimitée a dû cesser de plein droit deux ans après sa promulgation si elle avait duré dix ans au moment de l'émission de la loi.

695. Mais *quid juris* si à ce moment l'incarcération n'a pas encore duré dix ans?

Je pense qu'il faut procéder d'après les bases que nous avons développées aux nos 691 et suivants. Il n'y aura rien à emprunter aux dispositions de l'article 17. C'est l'article 44 qui offre le plus d'analogie avec notre question; c'est son idée qu'il faut appliquer aux cas qui, sans rentrer précisément dans son texte, s'en rapprochent cependant par des liens intimes.

696. Autrement, voyez les inconvénients. —

[1] Art. 7.

[2] *Suprà*, no 525.

Pierre, étranger, condamné sous le Code civil à payer 6,000 fr., a passé neuf ans en prison. Arrive la loi de 1832 qui, par son article 17, libère par dix ans l'étranger condamné à 5,000 francs et plus. Voulez-vous lui appliquer cet article? Il aura donc encore dix ans à subir; en tout dix-neuf ans! Et cependant, si au moment de l'émission de la loi il avait dix ans de prison, la loi se serait tenue pour satisfaite!

697. La preuve que la loi de 1832 n'a pas entendu faire réfléchir son article 17 sur les individus détenus au moment de sa promulgation, la preuve qu'elle a voulu que leur sort fût réglé par d'autres combinaisons, c'est qu'elle n'a pas dit : « Tel étranger qui, étant condamné pour moins de 500 francs aura subi » deux ans d'emprisonnement au moment de » la promulgation, sera élargi de plein droit; » tel autre dont la condamnation sera de moins » de 1,000 francs et qui aura passé quatre ans » en prison sera élargi de plein droit, etc. »

Ainsi l'article 17 ne saurait avoir aucune influence sur le temps passé en prison avant son émission. Peut-il en avoir sur le temps passé après? Si l'on se prononce pour l'affirmative, on tombe dans les bizarreries, les inégalités, les injustices que nous avons signalées aux n°s 692 et 696.

Article 45.

Les individus actuellement détenus pour amendes, restitutions et frais, en matière correctionnelle et de police, seront admis à jouir du bénéfice des articles 35, 39, 40 :

Savoir :

Les condamnés à 15 francs et au-dessous, dans la huitaine,

Et les autres dans la quinzaine de la promulgation de la présente loi.

SOMMAIRE.

698. Effets présents produits par la loi de 1832 en ce qui concerne les matières criminelles.

699. Suite.

COMMENTAIRE.

698. Voici maintenant les matières criminelles. La loi de 1832 a aussi, en ce qui les concerne, ses effets présents.

Ainsi les détenus pour dettes en matière correctionnelle et de police ont joui du bénéfice d'insolvabilité modifié par l'art. 35.

Ils ont joui aussi du bénéfice de l'article 39 et du bénéfice de l'article 40.

699. Mais remarquons-le : les dispositions de la loi nouvelle ne profitent qu'aux condamnés en matière correctionnelle et de simple police. Ceux qui ont été condamnés par des jugements rendus au grand criminel restent sous l'empire de l'ancien droit. L'article 45 fait une distinction expresse qui exclut ces derniers avantages introduits par les art. 35, 37, 40. Ainsi, par exemple, le bénéfice d'insolvabilité ne leur est ouvert que sous les conditions de l'article 53 du Code pénal. Ils ne sauraient invoquer les dispositions de l'article 35 de la loi nouvelle.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Article 46.

Les lois du 15 germinal an VI, du 4 floréal de la même année et du 10 septembre 1807 sont abrogées.

Sont également abrogées, en ce qui concerne la contrainte par corps, toutes dispositions de lois antérieures, relatives au cas où cette contrainte peut être prononcée contre les débiteurs de l'État, des communes, des établissements publics.

Néanmoins, celles de ces dispositions qui concernent le mode des poursuites à exercer contre ces mêmes débiteurs, et celles du titre 13, Code forestier, de la loi sur la pêche fluviale, ainsi que les dispositions relatives au bénéfice de cession, sont maintenues et continueront d'être exécutées.

SOMMAIRE.

700. Caractère de la loi de 1832; elle n'abroge pas le C. civ. et le C. de proc. en ce qui touche la contrainte par corps; elle les modifie seulement. Elle se lie à eux.
701. Comment elle se concilie aussi avec le Code forestier et le C. de la pêche.
702. Quelles lois sont abrogées par la loi de 1832.
703. Conséquences de leur abrogation.
704. Suite.
705. Suite.
706. Suite.
707. Suite.
708. Suite.
709. Suite.
710. Abrogation des lois qui prononcent la contrainte par corps contre les débiteurs de l'État.
711. Mais ceci ne s'applique pas aux adjudicataires de bois et de la pêche fluviale, débiteurs d'après le Code forestier et le Code de la pêche.
712. La loi de 1832 ne change rien à l'exécution contre les débiteurs de l'État.
713. Conséquence de ceci en ce qui concerne les aliments.
714. Observation sur cet exercice exceptionnel de la contrainte par corps.
715. Le bénéfice de cession est maintenu par la loi de 1832.

COMMENTAIRE.

700. La loi de 1832 est une loi spéciale sur la contrainte par corps; elle sert de complément au Code civil et au Code de procédure. Elle se lie aux dispositions de ces deux Codes, mais elle ne les abroge pas; elle ne les modifie que dans les dispositions où elle les contrarie expressément.

701. Elle n'abroge pas non plus le Code forestier et le Code de la pêche fluviale. Ces deux codes ont réglé à leur point de vue la contrainte par corps qui rentre dans leur domaine. Ils se défendent par leur spécialité contre tout empiétement de la loi de 1832 tendant à les abroger. D'ailleurs, leurs dispositions sont en général humaines et progressives. Elles sentent l'esprit qui a dicté plus tard la loi de 1832. Plusieurs des articles de cette dernière loi leur sont empruntés [1]. Du reste, rien n'empêche de combiner avec elles la loi de 1832 dans les points essentiels où celle-ci a porté des améliorations [2].

702. Quelles sont donc les lois que la loi de 1832 retranche du domaine législatif par une abrogation absolue?

C'est d'abord la loi du 15 germinal an VI, successivement ébranlée par le Code civil et par le Code de procédure civile, mais dont il restait encore debout quelques fragments considérables. La loi de 1832 les anéantit en entier.

C'est ensuite la loi du 4 floréal an VI dont l'abrogation, effectuée par le Code civil [3], est confirmée par notre article.

C'est encore la loi de 1807 qui réglait la contrainte par corps contre les étrangers et qui a été radicalement remplacée par les articles 14, 15, 17, 18 de la loi nouvelle. Il ne reste plus rien de ces trois lois qu'un souvenir historique, des précédents, des rapprochements et des exemples.

703. Voici quelques conséquences de cette abrogation :

Si une dette commerciale a été contractée sous l'empire de la loi du 15 germinal an VI, le jugement intervenu depuis la promulgation de la loi nouvelle, et portant condamnation à la payer, n'entraîne que la contrainte par corps édictée par celle-ci. Tel est, du reste, le résultat des principes que nous exposions aux nos 684, 685, 686.

704. Autre conséquence. Une lettre de change de 100 francs a été souscrite sous l'empire de la loi du 15 germinal an VI; le créancier a pu concevoir l'expectative d'exercer la contrainte par corps. Mais arrive la loi de 1832 qui n'attache la contrainte par corps qu'aux condamnations commerciales portant sur un *minimum* de 200 francs [4]. La publication de cette loi a renversé les espérances du créancier, et le jugement de condamnation rendu depuis n'a pu entraîner la contrainte par corps [5].

705. Mais si, dans cette même hypothèse, nous supposons que le jugement portant condamnation à payer la lettre de change de 100 francs a été rendu avant la promulgation de la loi de 1832, la contrainte par corps qui était

[1] *Infrà*, n° 711.
[2] *Suprà*, nos 674, 648.
[3] Merlin, *Répert.*, v° *Contrainte par corps*, n° 7.
[4] *Suprà*, nos 363 et 417.
[5] Fœlix, sur l'art. 1, note 7, p. 24. Coin-Delisle, p. 118, col. 2, n° 5.

inhérente à son exécution pourra-t-elle être mise à exécution sous la loi de 1832? Nous répondrons affirmativement avec un arrêt de la cour royale de Paris du 25 avril 1834 [1]. Le jugement a acquis l'autorité de la chose jugée; la loi nouvelle ne le dépouille pas virtuellement de ses sanctions. Il faudrait une disposition expresse émanée d'elle pour enlever à celui qui l'a obtenu le droit qu'il confère [2].

706. Mais ici se présente une difficulté :

Le jugement prononcé sous la loi de germinal an VI entraîne contre le commerçant condamné une contrainte par corps plus forte que celle que la loi nouvelle attache pour l'avenir aux condamnations commerciales pareilles. La contrainte par corps de germinal an VI l'emporterait-elle sur la contrainte par corps de 1832?

De deux choses l'une : ou le jugement a reçu un commencement d'exécution sous la loi de germinal an VI, ou il n'a été exécuté que depuis la loi de 1832.

707. Dans le premier cas, l'exécution n'appartient pas à la loi de 1832; elle dépend de la loi qui a présidé à son commencement. *Initium inspiciendum est* [3]. Pierre, souscripteur d'une lettre de change de 400 fr. et condamné par le tribunal de commerce à la payer, a commencé sous la loi de germinal an VI l'emprisonnement de cinq ans qui, d'après cette loi, était la règle uniforme de toutes les contraintes commerciales [4]. Un an après qu'il était en prison, la loi de 1832 est promulguée. On sait que, d'après cette dernière loi, la condamnation qui ne s'élève pas à 500 fr. entraîne une contrainte par corps qui cesse au bout d'un an [5]. Le débiteur incarcéré sera-t-il reçu à demander son élargissement, en se fondant sur ce qu'il a passé un an en prison sous la loi de germinal an VI? Nullement. L'année de prison qu'il a faite en vertu de la loi de l'an VI qui exigeait de lui un emprisonnement de cinq ans ne saurait le libérer aux yeux de la loi nouvelle.

708. Mais, à partir de la loi nouvelle, suffira-t-il qu'il fasse l'année de prison que cette loi attache aux condamnations de 400 fr.? ou bien faudra-t-il qu'il finisse les cinq années exigées par la loi de germinal an VI?

L'arrêt de cassation du 20 mars 1833, que je citais au numéro précédent, laisse cette question indécise; il la réserve sans la trancher. Mais il nous semble que la loi de 1832 n'a rien à faire sur un cas de cette espèce, où la contrainte, commencée avant son émission, doit subir jusqu'au bout la loi de son point initial. La loi de 1832 a réglé elle-même l'effet de ses dispositions transitoires sur les incarcérations commencées avant son émission. Elle a dit ce qu'elle voulait, et elle n'a rien voulu qui abrégeât les emprisonnements temporaires et limités qui, avant sa promulgation, avaient reçu un commencement d'exécution. Quelques jurisconsultes se sont jetés dans des calculs proportionnels pour faire un amalgame du temps passé en prison sous la loi de l'an VI avec le temps passé sous la loi de 1832 et réglé par cette dernière [6]. Je n'admets pas leur système : ce n'est que lorsque la détention commencée avant la loi de 1832 est illimitée, que cette loi a une influence immédiate et donne à l'incarcération un terme nécessaire [7]. Il est si vrai que c'est à cela qu'elle borne ses effets transitoires sur la durée des emprisonnements déjà en voie d'exécution, que, dans son article 43, elle ne dit rien des détenus pour dettes commerciales; et cela par la raison que leur incarcération n'était jamais illimitée. En un mot, lorsqu'un individu était déjà détenu pour dette au moment de l'émission de la loi de 1832, cette loi n'a voulu avoir une influence d'abréviation sur son emprisonnement que dans les cas prévus par ses articles 42, 43, 44, 45. Or, l'exemple posé ne se trouve dans aucun de ces cas. Donc le détenu devra parfournir ses cinq années comme si la loi de 1832 n'était pas intervenue.

709. Maintenant, supposons que le jugement commercial n'ait pas encore reçu son exécution lorsque la loi de 1832 a été promulguée. Alors le point de vue est tout différent. C'est sous la loi de 1832 que l'exécution commence; c'est elle qui doit régler cette exécution. *Initium inspiciendum est.* Or, d'après la loi de 1832, tout individu condamné commercialement pour 400 fr. ne doit faire qu'une contrainte d'un an. Donc Pierre sera élargi quand il aura subi une année de prison depuis la loi de 1832.

710. Nous en avons dit assez sur ces questions, dont le domaine est à peu près épuisé désormais.

Passons à la seconde partie de l'article 46.

Cet article abroge toutes les lois antérieures qui prononcent la contrainte par corps contre les débiteurs de l'État, des communes et des établissements publics. La loi de 1832 suffit désormais; elle offre un code complet; c'est à elle qu'il faut avoir recours pour savoir dans quels cas cette classe de débiteurs est soumise à la contrainte par corps [8].

711. Mais, en prononçant cette abrogation, l'article 46 n'entend par porter atteinte aux dispositions du Code forestier et de la pêche fluviale, d'après lesquelles les adjudicataires débiteurs de l'État sont déclarés contraignables

[1] *Gazette des tribunaux* du 29 juin 1834.
[2] Coin-Delisle, *loc. cit.*, p. 119, n° 6.
[3] Cass., 20 mars 1833 (D., 33, 1, 128). *Pasicrisie*, à cette date.
[4] *Suprà*, n°s 420, 421.
[5] *Suprà*, n° 421. Art. 5 de la loi de 1832.
[6] Voy. par exemple, Coin-Delisle, p. 119.
[7] Art. 43, 44. *Suprà*, n° 684.
[8] Art. 8 et suiv. *Suprà*, n°s 445 et suiv.

par corps. L'article 46 prend lui-même le soin de rappeler que le Code forestier et le Code de la pêche subsistent sans abrogation [1].

712. Toutefois, les lois antérieures, frappées par notre article 46, ne sont retranchées de l'arsenal législatif qu'autant qu'elles statuent sur le fond du droit de contrainte à l'égard des débiteurs de l'État, des communes et des établissements publics.

Mais le mode d'exercice de la contrainte par corps reste à l'égard de ces débiteurs ce que l'ont fait ces lois; il reste du domaine administratif [2]. Ainsi, par exemple, l'article 46 laisse subsister les lois antérieures [3] qui, nonobstant l'article 2067 du Code civil, permettent d'emprisonner les débiteurs de l'État en vertu de contraintes administratives [4]. Si l'on eût soumis au droit commun l'exécution des contraintes dont il s'agit, l'administration, tourmentée et affaiblie, aurait manqué de cette promptitude, de cette énergie, sans lesquelles les ressorts de cette machine compliquée seraient à chaque instant arrêtés. La prépondérance des formes administratives sur les formes judiciaires était donc indispensable. Ce serait un grand malheur pour notre société si jamais la loi enlevait à notre organisation administrative cette vigueur d'action qui fait régner dans son sein la plus admirable régularité.

713. C'est aussi par suite de la règle consacrée par notre article que nous avons enseigné, au n° 395, que les aliments à fournir par l'État à ses débiteurs incarcérés restent sous l'empire du décret du 4 mars 1808.

714. Mais, toutes les fois que la loi spéciale n'a pas tracé à l'exercice de la contrainte administrative une marche exceptionnelle, c'est au droit commun, au Code de procédure civile, qu'il faut en revenir [5].

715. Notre article se termine en rappelant que les dispositions du Code civil relatives au bénéfice de cession sont maintenues. Ce bénéfice est corrélatif à la contrainte par corps; il est un moyen d'y mettre un terme ou de la prévenir [6]. Il est à regretter que les débiteurs n'y aient pas plus souvent recours. Mais les formes en sont dispendieuses, et peut-être le législateur aurait-il bien fait de profiter de cette occasion pour les rendre plus économiques et plus rapides.

---

[1] *Suprà*, n° 701.
[2] *Suprà*. n° 450.
[3] Lois des 12 vendémiaire et 13 frimaire an VIII. Arrêté du 12 ventôse an VIII. Avis du conseil d'État du 9 ventôse an X. Arrêté du 16 thermidor an VIII, art. 30. Décret du 13 novembre 1810, etc., etc.
[4] *Suprà*, n°s 332 et 464.
[5] *Suprà*, n° 612.
[6] Art. 1265 et suiv.

ADDITION

A L'ÉDITION FRANÇAISE.

CONCORDANCE DES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

SUR LA CONTRAINTE PAR CORPS

QUI ONT ÉTÉ OU SONT APPLICABLES EN BELGIQUE

AVEC LA LOI FRANÇAISE DU 17 AVRIL 1832.

1791.	19-22 juillet.	Titre 1er, art. 26.	— Voy. loi du 17 avril 1832,		art. 35, 38, 39.
1791.	28 sept..6 oct.	Titre 2, art. 4 et 5.	— Voy.	id.,	art. 35, 38, 39.
1793.	30 avril.		Voy.	id.,	art. 8, 9.
1791.	6-22 août.	Titre 12, art. 6.	Voy.	id.,	art. 11.
An VI.	15 germinal.	Titre 1er, art. 3.	Voy.	id.,	art. 8, 9.
	Id.	Titre 1er, art. 4.	Voy.	id.,	art. 7.
	Id.	*id.*, art. 5.	Voy.	id.,	art. 4, 6, 12, 40.
	Id.	Titre 2, art. 1er.	Voy.	id.,	art. 1er et 3.
	Id.	Titre 2, art. 2.	Voy.	id.,	art. 2.
	Id.	Titre 3, art. 3.	Voy.	id.,	art. 32.
	Id.	Titre 3, art. 6.	Voy.	id.,	art. 32.
	Id.	Titre 3, art. 10.	Voy.	id.,	art. 32.
	Id.	Titre 3, art. 11.	Voy.	id.,	art. 32.
	Id.	Titre 3, art. 14.	Voy.	id.,	art. 28, 29, 30.
	Id.	Titre 3, art. 15, § 3.	Voy.	id.,	art. 28, 29.
	Id.	Titre 3, art. 16.	Voy.	id.,	art. 28, 29.
	Id.	Titre 3, art. 18.	Voy.	id.,	art. 24, 25, 26.
	Id.	Titre 3, art. 18, 6°.	Voy.	id.,	art. 5.
An VI.	4 floréal.		Voy.	id.,	art. 14.
An VIII.	12 vendémiaire.		Voy.	id.,	art. 10.
An VIII.	13 frimaire.		Voy.	id.,	art. 10.
An VIII.	18 ventôse.		Voy.	id.,	art. 10.
An X.	9 ventôse.		Voy.	id.,	art. 10.
An XII.	6 brumaire.		Voy.	id.,	art. 4, 6, 12, 28, 40 et 42.
An XII.	7 fructidor.		Voy.	id.,	art. 10.
An XIII.	9 ventôse.		Voy.	id.,	art. 8, 9.
1807.	10 sept.	Art. 1er.	Voy.	id.,	art. 14.
	Id.	Art. 2.	Voy.	id.,	art. 15.
	Id.	Art. 3.	Voy.	id.,	art. 16, 17, 18.
1808.	4 mars.		Voy.	id.,	art. 28, 29.
Code de proc. civile.		Art. 780.	Voy.	id.,	art. 32.
	Id.	Art. 798.	Voy.	id.,	art. 23.
	Id.	Art. 800.	Voy.	id.,	art. 23, 31.

Code de proc. civile.	Art. 803.	Voy. loi du 17 avril 1832,		art. 30.
Id.	Art. 804.	Voy.	*id.*,	art. 31.
Code d'instr. crim.	Art. 120.	Voy.	*id*,	art. 34.
Id.	Art. 420.	Voy.	*id.*,	art. 35.
Code pénal.	Art. 52.	Voy.	*id.*,	art. 33, 38.
Id.	Art. 53.	Voy.	*id.*,	art. 36.
Id.	Art. 467-469.	Voy.	*id.*,	art. 33, 35.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LA CONTRAINTE PAR CORPS.

Préface. Page v

De la contrainte par corps en matière civile. 77

APPENDICE. — Commentaire de la loi du 17 avril 1832. 155

TITRE Ier. Dispositions relatives à la contrainte par corps en matière de commerce. 155

TITRE II. Dispositions relatives à la contrainte par corps en matière civile. 173

Section i. Contrainte par corps en matière civile ordinaire. 173

Section ii. De la contrainte par corps en matière de deniers et effets mobiliers publics. 176

TITRE III. Dispositions relatives à la contrainte par corps contre les étrangers. 183

TITRE IV. Dispositions communes aux trois titres précédents. 193

TITRE V. Dispositions relatives à la contrainte par corps en matière criminelle, correctionnelle et de police. 211

TITRE VI. Dispositions transitoires. 226

Dispositions générales. 229

Addition à l'édition française. — Concordance des dispositions législatives sur la contrainte par corps, qui ont été ou sont applicables en Belgique, avec la loi française du 17 avril 1832. 233

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE ANALYTIQUE

DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE

DU COMMENTAIRE SUR LA CONTRAINTE PAR CORPS.

NOTA. Le chiffre indique le numéro.

A

ABROGATION. La loi de 1832 abroge les lois du 15 germinal an VI, du 4 floréal an VI et du 10 sept. 1807. 702. — Conséquences. 703 et suiv. — Elle abroge toutes les lois antérieures prononçant la contrainte contre les débiteurs de l'État et des établissements publics. 710, 712. — *Quid* du Code civ. et du Code de procédure? 709, 714, 715. — *Quid* du Code forestier et du Code de la pêche fluviale? 701, 711.

A-COMPTE. Les à-compte payés sont-ils imputés de droit sur les causes de l'emprisonnement? 561, 565. 566.

ACQUIESCEMENT. L'acquiescement à un jugement portant contrainte par corps n'empêche pas d'appeler. 262 et suivants. — *Quid* si le jugement a acquis force de chose jugée? 264.

ACTE SOUS SEING PRIVÉ. L'acheteur par acte sous seing privé non enregistré ne peut poursuivre comme stellionataire le vendeur qui a revendu à un tiers par acte authentique. 62. — La contrainte par corps conventionnelle pour payement des fermages peut être contenue dans un acte sous seing privé. 207.

ACTION. La contrainte par corps ne peut être demandée par action séparée. 325.

AGENT DE CHANGE, peut être contraignable par corps comme consignataire public. 129.

ALIMENTS. Des aliments sont dus au débiteur incarcéré. 39, 589, 660. Préface, page LIX. — La quotité varie selon les localités. 586. — Fournis seulement à titre d'avance, ils sont remboursables comme frais, 31, 586. — La consignation d'aliments peut se faire par procureur. 593. — Ils doivent être consignés d'avance et par période de 30 jours. 590 et suiv. — *Quid* en ce qui concerne l'État? 594. 633, 660. — Quel est le sort des aliments consignés lorsque le détenu est transféré dans une maison de détention? 595. — Droits et obligations du recommandant en ce qui concerne les aliments. 34, 593, 608. — Le défaut de consignation d'aliments fait cesser la contrainte par corps. 41, 596. — Exception. 606. — Et le débiteur ne peut plus être incarcéré pour la même dette. 603 et suivants. — L'élargissement doit être demandé avant que le créancier ait réparé son omission. 41, 590, 596.

AMIABLES COMPOSITEURS. Les arbitres amiables compositeurs peuvent prononcer la contrainte par corps. 323.

APPEL. Les jugements prononçant contrainte par corps sont toujours sujets à appel tant qu'ils ne sont pas passés en force de chose jugée. 261, 264. — Alors même que le jugement est en dernier ressort quant au fond. 514. 516. — L'acquiescement n'empêche pas d'appeler. 262 et suivants. — La contrainte par corps peut-elle être demandée pour la première fois en appel? 326. — L'appel ne suspend pas la contrainte par corps prononcée par un jugement provisoire exécutoire sous caution. 338. — *Quid* si le jugement est en dernier ressort quant au fond? 340. 545. — *Quid* en matière commerciale? 339? — L'étranger doit se pourvoir par appel contre l'ordonnance du président qui ordonne l'arrestation provisoire. 512.

ARBITRE. Les jugements arbitraux peuvent-ils autoriser la contrainte par corps? 322.

ARRESTATION. Distinction entre l'arrestation et l'emprisonnement. 13. — Sommaire de la procéd. 13. 24 et suiv. — Conditions de *temps* et de *lieu* pour la légalité de l'arrestation. 13 et suiv. — Du sauf-conduit. 20 et suiv. — Les formes prescrites sont de droit étroit et entraînent nullité. 35, 36.

AVAL. Le donneur d'aval est contraignable par corps. 130, 494.

AVOUÉ. L'article 2060 s'applique à l'avoué pour la remise des titres et deniers à lui confiés *pour* et *par* son client. 179 et suivants. — A moins qu'il n'ait été employé comme mandataire *ad negotia*. 174, 175. — Des pièces données en communication. 170, 355.

B

BAIL A FERME. La contrainte par corps a lieu *sans convention* contre le fermier de biens ruraux pour la représentation, en fin de bail, de cheptel de bétail, des semences, des instruments aratoires, 195. 200. — Elle est facultative. 195, 184. — *Quid* des engrais? 197, 198. La contrainte par corps pour le payement des fermages est purement conventionnelle. 201, 210. — Elle devient alors impérative. 207. — Elle doit être contenue dans l'acte même de bail. 206. — *Quid* s'il est sous seing privé? 207. — Durée de la contrainte par corps quand il s'agit de biens ruraux. 438. — Elle ne passe pas aux héritiers et ne se reproduit pas dans la tacite reconduction.

264, 205. — *Quid* lorsqu'il s'agit des baux des maisons? 208. — *Quid* pour les fruits dus par le métayer et le colon partiaire? 209. — Lorsque les fermages arriérés s'élèvent à 300 fr., la contrainte par corps, dans un bail de 50 francs, est valablement stipulée. 286.

Bénéfice de cession. Il fait cesser la contrainte par corps. 40, 383. — Il ne profite pas au stellionataire. 78.

Billet a ordre. Cas où le billet à ordre entraine la contrainte par corps, 369, 405. — Les frais de protêt et de rechange ne donnent pas lieu à la contrainte par corps. 376. — *Quid* lorsque dans un billet à ordre le non-négociant a pris faussement la qualité de négociant? 406 et suiv.

C

Caisse des dépôts et consignations. Ses préposés sont contraignables par corps pour la restitution des consignations judiciaires ou volontaires. 125, 127, 128.

Caution. La caution conventionnelle ne peut se soumettre à la contrainte que lorsque le débiteur est lui-même contraignable par corps. 146. — Elle n'y est pas soumise de plein droit. 144, 145, 570. — *Quid* en ce qui concerne la caution d'un comptable de l'État ou traitant? 147, 148, 457, 466. — Exception. 570. — Du donneur d'aval. 150, 404. — Du fidéjusseur qui cautionne un commerçant. 144, 151, 152. — La caution judiciaire est de plein droit contraignable par corps, bien que le débiteur principal ne le soit pas. 153 et suiv. — Pourvu que la somme ne soit pas moindre de 300 fr. 289. — Comment se fixe la durée de l'emprisonnement d'une caution judiciaire? 443. — La caution conventionnelle ne perd pas son caractère par l'intervention d'un jugement. 150. — L'étranger qui fournit une caution n'est pas soumis à la contrainte par corps provisoire. 525. — Dans les matières civiles, le débiteur empêche la contrainte en consignant le tiers de la dette et en fournissant caution pour le surplus. 38, 562 et suiv. — Principes qui régissent la caution dans ces cas. 568 et suiv. 574. — En matière pénale et en ce qui concerne l'État, le bail d'une caution empêche la contrainte. 49, 635, 640. — *Quid* à l'égard de la partie civile? 55, 663. — Principes qui régissent cette caution, 637 et suiv. — La contrainte par corps prononcée par un jugement provisoirement exécutoire sans caution est elle suspendue par l'appel? 338 et suiv.

Cheptel. La contrainte par corps a lieu sans convention contre les fermiers, etc., pour la représentation en fin de bail du cheptel de bétail. 195, 266. — Elle est facultative. 184, 195.

Chose jugée. Le jugement passé en force de chose jugée doit recevoir son exécution, même lorsqu'il prononce indûment la contrainte par corps. 264.

Collége électoral. L'arrestation ne peut se faire dans le lieu et pendant la séance d'un college électoral. 17.

Colon partiaire. La contrainte par corps a lieu sans convention contre le colon partiaire pour la représentation en fin de bail du cheptel de bétail, des semences, des instruments aratoires. 198, 200. — *Quid* des engrais? 197, 198. — *Quid* des fruits dus par le colon? 209. — Dans les cas prévus la contrainte est facultative. 195.

Commerce. En matière de commerce, la contrainte par corps est de droit commun. 6, 319, 354. Préface, pag. lxiv et suiv., lxix et s. — Elle peut être prononcée pour toute dette commerciale. 356. — Et contre toute personne. 356, 377. — Exceptions. 361, 416, 291, 380 et suiv., 409, 427, 535. — Qu'entend-on par dette commerciale? 365 et suiv. — Durée de la contrainte par corps en matière de commerce. 44, 416 et suiv. — Cumul du principal et des accessoires. 424. — Cumul de créances diverses. 425. — *Quid* du fidéjusseur qui cautionne un commerçant? 144, 151, 152. — Des dommages-intérêts en matière commerciale, 372 et suiv. — *Quid* des dépens? 215, 375. — La consignation ou le payement du tiers de la dette avec caution pour le surplus ne peut pas empêcher la contrainte par corps en matière de commerce. 563. — Les jugements des tribunaux de commerce peuvent prononcer la contrainte par corps. 321. — En matière commerciale, l'appel d'un jugement exécutoire avec ou sans caution ne suspend pas la contrainte par corps. 339.

Commissaire. Les commissaires dont parle l'article 2060 n'existent plus. 133. — Cet article ne s'étend ni aux juges-commissaires des faillites, ni aux magistrats rapporteurs. 133. — Ni aux syndics d'une faillite. 134 et suiv. 241.

Commissaire-priseur. L'art. 2060 est applicable au commissaire-priseur. 169.

Commune. Les comptables chargés des deniers et effets mobiliers appartenant à une commune sont soumis à la contrainte administrative. 258, 456. — Ainsi que leurs cautions et leurs proposés. 457, 458. — La contrainte administrative s'étend encore à tout entrepreneur qui a traité avec une commune. 465. — A ses cautions et préposés. 466, 467.

Complice. Le demandeur complice de la fraude ne peut intenter l'action en stellionat. 77

Comptable. Différence entre les comptables de l'art. 126 du Code de proc. et les comptables de l'art. 2060 du Code civ. 237. — L'héritier bénéficiaire ne doit pas être rangé parmi les comptables de l'art. 2060. 239. — *Quid* de l'héritier présomptif d'un absent? 240. — Des syndics d'une faillite? 134, 135, 136, 241. — Le comptable ordinaire n'est soumis à la contrainte par corps que pour la reddition du compte. 245. — Comptable des deniers et effets mobiliers publics. 455 et suiv.

Conciliation. Voy. nº 320, à la note.

Concordance des dispositions législatives applicables en Belgique avec la loi française de 1832, page 255.

Conseil de guerre. L'arrestation ne peut se faire dans le lieu et pendant l'audience d'un conseil de guerre. 17.

Consignation. La consignation des causes de l'emprisonnement et des dépens empêche l'exercice de la contrainte par corps. 555 et suiv., 560, 561. — Et produit l'élargissement du débiteur incarcéré. 555 et suiv. — Quels sont les dépens qui doivent être consignés? 557, 561. — Le débiteur civil, en consignant le tiers du principal de la dette et des accessoires et en fournissant caution pour le surplus, peut retarder l'exercice de la contrainte par corps. 562 et suiv. — *Quid* si des à-compte ont été payés? 565. — Étendue de ces mots : débiteur civil. 564. — Consignations d'aliments. 586 et suiv. (Voy. *Aliments*) — Le consignataire *personne publique et préposé pour la réception des deniers* est soumis à la contrainte par corps. 124 et suiv., 136. — *Quid* s'il s'agit de corps certains? 130.

Contrainte par corps. Historique. Préface, p. v et suiv. — De la contrainte par corps chez les Égyptiens. — Préface, p. viii. — En Grèce. Préface, p. vii. — A Rome. Préface, p. x et suiv. — Au moyen âge. Préface, p. l et suiv. — Comment la contrainte par corps se concilie avec l'inviolabilité de la liberté individuelle. 4, 5, 6. — Préface, p. lxxiii. — Différence de la contrainte par corps avec le dépôt

du failli dans la maison d'arrêt. 56, 57. — Avec l'exécution *manu militari*. 58, 257 et s., 543. — La contrainte par corps se résout en arrestation et emprisonnement. 15. La contrainte par corps n'est pas une peine, mais une voie d'exécution. 9, 144, 575, 641, 652. — Elle est ignominieuse. 8, 10. — Personnelle. 205, 384, 387. — Temporaire. 10, 45, 420 et suiv., 429 et suiv., 669, 674, 689, 694. — Sa durée doit être formellement fixée par le jugement. 45, 54, 80, 432, 442, 669, 674. — Exception. 670, 54. — Elle est tantôt facultative. 11, 45, 195, 232, 237, 247, 248, 253, 439. — Tantôt impérative. 11, 45, 120, 125, 142, 184 207, 232, 237, 249, 250 et suiv., 439, — La convention ne peut rendre impérative la contrainte par corps légalement facultative. 269. — Les juges peuvent-ils tempérer par des délais la contrainte par corps facultative ou impérative? 327, 328. — La contrainte par corps n'est pas dans le commerce. 3 et suiv., 255, 266, 269. — Exceptions. 145, 201, 212, 585. — Acquiescement à un jugement portant illégalement contrainte par corps. 262. — *Quid* si le jugement est passé en force de chose jugée? 264. — Effets de la contrainte par corps illégalement prononcée en justice ou stipulée par convention. 265 et suiv. — A quelle époque la contrainte par corps peut-elle être demandée en justice? 235. — Elle peut précéder la saisie des biens. 341 et suiv. — Ou coïncider avec elle. 346. — En matière répressive elle est indépendante de la peine. 652. — La contrainte par corps ne peut, en matière civile, être prononcée pour somme moindre de 300 fr. 279, 282 — *Quid* s'il s'agit d'un fait? 288. — Cumul de créances diverses. 285. — Cumul du principal et des accessoires. 287, 364. — Fermages arriérés s'élevant à 300 fr. dans un bail qui n'atteint pas cette somme. 286. — Des cautions judiciaires. 289. — L'art. 2065 ne s'applique ni au droit commercial, ni aux étrangers, ni aux matières pénales. 249, 293, 301, 374, 489. — La contrainte par corps ne peut être appliquée qu'en vertu d'un jugement. 317. — Ce qu'on doit entendre par jugement. 319 et suiv., 335, et suiv. — Exceptions. Caution judiciaire. 331. — Débiteurs de deniers publics et traitants. 332, 481, 712. — Étranger. 333 — Témoin. 334. — Il faut de plus que le jugement renferme un dispositif spécial et formel. 317. — Exception. 492, 616. — Le juge ne peut prononcer la contrainte par corps que lorsqu'elle lui est demandée. 324, 492. — Cas dans lesquels la contrainte par corps est autorisée : stellionat. 60 et suiv. — Dépôt nécessaire. 81 et suiv. Réintégrande. 84 et suiv. — Consignation entre les mains de personnes publiques. 125 et suiv. — Séquestre et gardien. 132 et suiv. — Caution. 144 et suiv. — Apport de minutes. 160 et suiv. — Délivrance d'expéditions. 164 et suiv. — Notaire, avoué, huissier (remise de titres ou deniers à eux confiés). 168 et suiv. — Détenteur de pièces non dépositaire public. 247. — Délaissement ordonné au pétitoire. 186 et suiv. Délaissement à la suite d'adjudication. 251 et suiv. — Bail à ferme. 194 et suiv. — Dommages-intérêts 213 et suiv. — Comptable. 234 et suiv. — Dénégation d'écriture. 248. — Témoin. 249. — Fol enchérisseur. 252. — Exception. 300. — Expert. 253. — Fisc : débiteurs de deniers publics et traitants. 445 et suiv. — Commerce. 349, 354 et suiv. (Voy. ces mots divers.) — La contrainte par corps ne peut être prononcée : contre mineur. 272 et suiv. 534. — Exceptions 278, 377, 386, 627, 658. — Septuagénaire. 291. 409 et suiv., 427, 476. — Exceptions. 292, 409, 626, 658, 677. — Femme. 296 et suiv. 533. — Exceptions 79, 306, 312, 315, 377, 385, 472, 625. 658. — Député. 23, 380. — Pair de France. 23, 380. — Militaire et garde national dans l'exercice actuel de ses fonctions. 381. — Marin à bord. 382. — Failli. 40, 383. — Bénéfice de cession. 40, 383. — Exception. 78. — Mort civilement. 384. — Veuve et héritier. 387. — Parenté. 535 et suiv., 681. (Voy. ces mots divers.) — Le mari et la femme ne peuvent être incarcérés simultanément pour la même dette. 547 et suiv., 682. — Des moyens de mettre fin a la contrainte par corps. 36 et s. — Bénéfice de cession. 40. 383. — Exception. 78. — Mort civile. 40, 384. — Bénéfice d'âge. 42, 427. — Exception. 43, 79. — Faillite. 40, 383. Insolvabilité. 50 et suiv. — *Quid* en matière pénale? 641 et suiv., 648 et suiv. — *Quid* à l'égard de la partie civile? 666 et suiv., 698, 699. — Bénéfice de temps. 10, 43, 420 et suiv., 429 et suiv., 641 et suiv. — Les causes de contrainte antérieures à l'arrestation sont purgées par l'incarcération qui a été subie 575. — Application de ce principe. 576 et suiv. — Payement ou consignation des causes de l'emprisonnement et des dépens. 555 et suiv., 560. — Défaut de consignation d'aliments. 41, 596. — Exception. 606. — Bail de caution en matière pénale. 49. 53, 635, 640, 663. — Le créancier qui a levé l'emprisonnement par sa volonté ne peut le reprendre. 585.

Contribution. Les receveurs des contributions indirectes sont soumis à la contrainte par corps administrative 455. — Ainsi que leurs cautions et leurs agents. 457, 458. — Le débiteur de contributions indirectes qui a obtenu crédit est soumis à la contrainte administrative. 470, 471.

Copie. Cas dans lesquels les officiers publics sont obligés de délivrer des expéditions ou copies, sous peine de contrainte par corps 164 et suiv.

Curatelle. De la contrainte par corps pour reliquat de compte de curatelle. 234 et suiv.

D

Délai. Les juges peuvent tempérer la contrainte par corps par des sursis. 327, 328. — *Quid* en matière de lettre de change? 329.

Délaissement. Le délaissement ordonné au pétitoire entraine la contrainte par corps facultative. 186 et suiv. — Formes et conditions imposées. 189 et suiv. — Au possessoire le délaissement entraine la contrainte par corps impérative. 120. (Voy. réintégrande.) — Le saisi qui refuse de délaisser l'immeuble adjugé est soumis à la contrainte par corps impérative. 251.

Dépens. Les dépens ne donnent pas lieu à une condamnation par corps. 215, 375, 376, 555. — Exception en matière pénale. 218, 618. — Mais ils peuvent être une cause pour retenir le débiteur incarcéré. 219, 555 et suiv. — *Quid* des dépens prononcés à titre de dommages-intérêts? 216, 217. — Le débiteur soumis à la contrainte par corps doit payer ou consigner, outre les causes de l'emprisonnement, les dépens accessoires de la dette. 558 et suiv.

Dépôt. Le dépôt nécessaire donne lieu à la contrainte par corps. 81. — Du volturier. 81. — *Quid* en cas de dommages-intérêts? 82. — *Quid* lorsque le dépositaire ordinaire est poursuivi devant le tribunal correctionnel? 83. — Le dépôt de deniers publics entraine la contrainte par corps. 460.

Député. Du sauf-conduit *légal* accordé au député. 23, 380.

Domicile. Le domicile est un asile tutélaire. 18. — On ne peut saisir le débiteur dans une maison *quelconque* sans l'assistance du juge de paix. 18, 19. — Qu'est-ce que l'étranger domicilié en France? 496. — L'étranger domicilié en France peut-il se prévaloir de l'art. 14 de la loi de 1832? 498.

Dommages-intérêts. De la contrainte par corps en

matière de dommages-intérêts. 213 et suiv. — Elle est facultative. 252. — Et les juges ne peuvent la prononcer que sur la demande des parties. 231. — *Quid* des dépens prononcés à titre de dommages-intérêts? 216, 217. — L'art. 126 du Cod. de proc. ne s'applique pas aux mineurs, aux septuagénaires, aux femmes. 275, 294, 303. — Sens juridique des mots dommages-intérêts. 221 et suiv., 233. — En matière pénale, la condamnation par corps pour dommages-intérêts est impérative. 232. La contrainte par corps a même lieu de plein droit. 616. *Quid* si l'action est portée devant les tribunaux civils? 232. — *Quid* en matière commerciale? 372 et suiv. — Le saisi qui se permet de faire des coupes de bois, etc., est soumis à la contrainte par corps impérative. 250. — Le dépositaire ordinaire peut être condamné par corps pour dommages-intérêts. 82. — *Quid* du fermier pour la représentation en fin de bail des engrais? 198. — Effet quant aux dommages-intérêts des jugements ou conventions prononçant illégalement la contrainte par corps. 265, 266, 268.

Dot. La vente ou l'hypothèque du fonds dotal ne constitue pas le stellionat. 62. — La femme qui, sous le régime dotal, s'oblige conjointement ou solidairement avec son mari, n'est pas stellionataire. 311.

Douane. Les receveurs des douanes sont soumis à la contrainte par corps administrative. 455. — Ainsi que leurs cautions et leurs préposés. 457, 458. — Le débiteur de droits de douane qui a obtenu crédit est soumis à la contrainte administrative. 470, 471.

E

Écriture. La dénégation d'écriture *peut* entraîner la contrainte par corps. 248. — Dans la procédure en vérification d'écriture, le juge-commissaire n'a pas le droit de prononcer la contrainte par corps contre les dépositaires publics auxquels il ordonne l'apport de pièces. 336.

Écrou. Formalités de l'écrou. 29, 30.

Édifice religieux. L'arrestation ne peut avoir lieu dans les édifices religieux et pendant l'exercice du culte. 16.

Élargissement. — Des moyens de mettre fin à la contrainte par corps. 56 et suiv., 383, 384, 555, 562, 590, 596, 619, 635, 640. — Le débiteur élargi faute de consignation d'aliments ne peut plus être repris pour la même dette. 41.

Emprisonnement. Historique. Préface, pag. LVII. — Distinction entre l'emprisonnement et l'arrestation. 13. — Sommaire de la procédure d'emprisonnement. 13 et suiv., 29. — Les formes prescrites sont de droit étroit. 35, 36. — Le débiteur ne peut être enfermé que dans une prison affectée aux détenus pour dettes. 28. — Il ne peut être mis en charte privée. 28.

Enchérisseur. — Le fol enchérisseur est soumis à la contrainte par corps impérative. 252. — Exception en faveur de la femme. 300.

Engrais. La contrainte par corps n'a pas lieu pour la représentation des engrais en fin de bail. 197, 198.

Enregistrement. Les receveurs de l'enregistrement sont soumis à la contrainte par corps administrative. 455. — Ainsi que leurs cautions et leurs préposés. 457, 458.

Établissement public. Les comptables chargés des deniers ou effets mobiliers appartenant à un établissement public sont soumis à la contrainte administrative. 238, 456. — Ainsi que leurs cautions et leurs préposés. 457, 458. — La contrainte administrative s'étend encore à tout entrepreneur qui a traité avec un établissement public. 465. — A ses cautions et préposés. 466, 467.

Étrangers. Des villes dites d'arrêt. Préface, p. LX et suiv. Tout étranger non domicilié en France est soumis pour toutes dettes à la contrainte par corps. 488, 495. — Si la somme est supérieure à 150 fr. 489. — Peu importe que l'étranger possède des biens en France. 488. — La contrainte par corps est attachée de plein droit à la condamnation. 492. — Qu'est-ce que l'étranger domicilié en France? 496. — Des contestations entre étrangers. 497, 498, 500. — De la créance souscrite par un étranger au profit d'un étranger, et passée par cession dans les mains d'un Français. 494, 501. — Les étrangers peuvent être arrêtés provisoirement en vertu d'une simple ordonnance du président du tribunal civil. 333, 499 et suiv., 614. — Quel que soit le titre de la dette. 507, 508. — Qu'il y ait titre ou non 505. — Pourvu que la dette soit échue et exigible. 504. — Procédure à suivre. 510 et suiv. — Cas où il n'y a pas lieu à l'arrestation provisoire de l'étranger. 520 et suiv. — Durée de l'emprisonnement. 516 et suiv., 525 et suiv., 694 et suiv. — De quel jour date l'emprisonnement, lorsqu'il y a arrestation provisoire? 530. — Des bénéfices d'âge et de sexe. 531 et suiv. — La contrainte par corps conventionnelle, hors des cas prévus par la loi, ne peut être exercée en France, quoique l'acte ait été passé en pays étranger. 207.

Expédition. Cas dans lesquels les officiers publics sont obligés, sous peine de contrainte par corps, de délivrer des expéditions ou copies. 164 et suiv.

Expert. L'expert en retard de déposer son rapport est soumis à la contrainte par corps facultative. 255.

F

Faillite. Elle fait cesser la contrainte par corps. 40, 383. — Différence entre la contrainte par corps et le dépôt du failli dans la maison d'arrêt. 56, 57. — Le failli stellionataire n'est pas admis à la réhabilitation. 78. — Les syndics d'une faillite sont contraignables par corps comme *comptables*. 241, 134, 135, 136, 371.

Femme. Le Code civil qui exempte les femmes de la contrainte par corps gouverne les dispositions du Code de procédure civile. 300 et suiv. — Exception contre la femme stellionataire. 79, 306. — La femme qui vend ou hypothèque son fonds dotal n'est pas stellionataire. 62. — Conditions pour que la femme soit réputée stellionataire. 62. 307 et suiv. — Exception contre la femme en matière de commerce. 312, 377, 385. — En matière administrative. 472. — En matière criminelle. 315, 625, 658. — Le mari et la femme ne peuvent être incarcérés simultanément pour la même dette. 547 et suiv., 682. — La contrainte par corps n'a pas lieu entre époux. 535 et s. — Le mari peut employer la force publique pour faire rentrer sa femme au domicile conjugal. 258, 543. — Ce droit serait également accordé à la femme non remariée pour faire revenir son fils mineur auprès d'elle. 260.

Fêtes légales. L'arrestation ne peut avoir lieu les jours de fête légale. 15.

Fisc. La contrainte par corps est attachée de plein droit aux sommes dues à l'État. 445. — Historique. 446 et suiv. Préface, p. LXIV. — Débiteurs sur lesquels s'étend la contrainte administrative. 445 et suiv., 465 et suiv., 470, 471. — Elle atteint les femmes. 472. — Mais non les septuagénaires. 476. — La contrainte administrative n'a lieu que pour somme excédant 300 fr. 478. — Durée de l'emprisonnement. 479. — L'autorité administrative est seule

compétente pour prononcer dans ces cas la contrainte par corps. 481, 712. — Elle doit en fixer la durée. 481. — Des aliments dus par l'État. 594, 633, 660, 713. — En matière pénale, toute condamnation au profit de l'État emporte de droit la contrainte par corps. 47, 616. — *Quid* quant à ceux qui ne sont que civilement responsables? 623 et s. — En matière pénale, la contrainte par corps atteint les femmes, les mineurs et les septuagénaires. 625 et s., 658, 677 et s. — Et, en ce qui concerne l'État, le bail d'une caution empêche toujours la contrainte. 635, 640. — Principes qui régissent cette caution. 637 et suiv. — De l'insolvabilité. 67, 641 et suiv., 675 et suiv., 698, 690. — *Quid* si l'indigence cesse? 648 et suiv. — Durée de la contrainte en matière pénale. 54, 641 et suiv., 674.

Fruits. La contrainte par corps est prononcée pour le compte des fruits produits par la chose donnée en garde ou séquestre judiciaire. 142. — Elle est impérative. 142. — Les restitutions de fruits ne doivent pas être confondues avec les dommages-intérêts. 250. — Les fruits dus par le métayer et le colon partiaire ne donnent pas lieu à la contrainte par corps. 209.

G

Garde du commerce. Le garde du commerce n'a point qualité pour faire exécuter par corps les jugements des tribunaux civils. 23. — En matière commerciale, il n'a besoin de l'assistance du juge de paix que lorsque l'entrée du domicile lui est refusée. 19. — L'art. 2060 est applicable au garde du commerce. 169.

Gardien. Le séquestre judiciaire est seul soumis à la contrainte par corps. 132. — *Quid* du syndic d'une faillite? 241, 134, 135, 136, 371. — Gardien aux saisies des meubles. 137. — Gérant préposé par justice à l'exploitation d'un immeuble. 138 et suiv. — *Quid* du saisi constitué gardien? 141. — Dans tous les cas de séquestre ou garde judiciaire, la contrainte par corps est impérative. 142. — Et elle est prononcée pour la restitution comme pour la représentation de la chose. 142. — Même pour le compte des fruits produits par la chose. 142. — Le gardien n'a pas la contrainte par corps récursoire contre la personne qui lui a enlevé la chose confiée à ses soins. 143, 124.

Geôlier. Le geôlier peut être contraignable par corps comme consignataire nécessaire et public. 126.

H

Héritiers. La contrainte par corps ne passe pas aux héritiers. 203, 384, 387. — L'héritier bénéficiaire ne doit pas être rangé parmi les comptables de l'art. 2060. 239. — *Quid* de l'héritier présomptif d'un absent? 240.

Hospice. Les comptables de deniers ou effets mobiliers appartenant à un hospice sont soumis à la contrainte par corps administrative. 258, 456. — Ainsi que leurs cautions et leurs préposés. 457, 458. — La contrainte administrative s'étend encore à tout entrepreneur qui a traité avec une commune. 463. — A ses cautions et préposés. 466, 467.

Huissier. A Paris, une arrestation faite en matière commerciale par un huissier serait nulle. 24. — L'huissier peut être contraignable par corps comme consignataire public. 126, 129, 172. — L'art. 2060 est applicable à l'huissier pour la remise des titres et deniers à lui confiés *pour* et *par* son client. 170 et suiv. — A moins qu'il n'ait été employé comme mandataire *ad negotia*. 174, 175.

Hypothèque. Cas où la constitution d'hypothèque fait naître le stellionat. 68. — Du mari et du tuteur. 69.

I

Insolvabilité. Effet de l'insolvabilité en matière pénale. 50 et suiv., 641 et suiv., 660 et suiv., 675, 698, 699. — En matière ordinaire. 50 et suiv. — L'insolvabilité est assimilée à un crime dans la logique du droit barbare. Préface, pag. vi, lv.

Instrument aratoire. La contrainte par corps a lieu sans convention contre les fermiers, etc., pour la représentation en fin de bail des instruments aratoires. 195, 200. — Elle est facultative. 184, 195.

J

Juge de paix. L'arrestation ne peut se faire dans le lieu et pendant l'audience d'un juge de paix. 17. — Ni dans une maison *quelconque* sans l'assistance de ce dernier. 18, 10. — Le juge de paix ne peut délivrer un sauf-conduit. 21. — Il peut prononcer la contrainte par corps lorsqu'il est compétent pour le principal. 320.

L

Lettre de change. La souscription ou l'endossement d'une lettre de change soumettent à la contrainte par corps. 367, 368, 388, 402 et suiv. — Pourvu que la lettre de change soit sincère. 368, 389 et suiv. — *Quid* à l'égard des tiers porteurs trompés par l'apparence du titre? 397, 408. — Les juges ne peuvent en cette matière tempérer la contrainte par corps par des sursis. 329. — Les frais de protêt et de rechange ne donnent pas lieu à la contrainte par corps. 376. — Questions transitoires. 704 et suiv.

Liberté. Significations diverses de ce mot. 1, 2. — Le titre de la *contrainte par corps* ne s'occupe que de la liberté individuelle. 2. — La liberté n'est pas dans le commerce. 3, 4, 5, 255, 212, 266, 269. — Exceptions. 145, 201, 212, 264, 385. — De l'acquiescement à un jugement prononçant illégalement la contrainte par corps. 262. — *Quid* si le jugement a force de chose jugée? 264. — Dans le doute, il faut se prononcer en faveur de la liberté. 3. — Garanties dont la loi l'entoure. 15 et suiv. — Comment la contrainte par corps se concilie avec l'inviolabilité de la liberté individuelle. 4, 5, 6.

M

Mari. La vente du bien dotal faite par la femme avec l'autorisation du mari ne constitue pas le stellionat. 62. — Le mari qui consent hypothèque sur ses biens sans déclaration de l'hypothèque *non inscrite* de sa femme est stellionataire. 69. — *Quid* dans le cas de vente? 71 et suiv. — Le mari et la femme ne peuvent être incarcérés simultanément pour la même dette. 537 et suiv., 682. — La contrainte par corps n'a pas lieu entre époux. 535 et suiv. — Le mari n'est pas contraignable par corps pour le fait du commerce de sa femme. 313, 314. — Le mari peut employer la force publique pour faire rentrer sa femme au domicile conjugal. 258, 545. — Et pour faire revenir auprès de lui son fils mineur. 260.

Métayer. La contrainte par corps a lieu sans convention contre le métayer pour la représentation en fin de bail du cheptel de bétail, des semences, des instruments aratoires. 195, 200. — Elle est facultative. 184, 195. — *Quid* des engrais? 197, 198. — *Quid* des fruits dus par le métayer? 209.

MINEUR. Le mineur, même stellionataire, n'est pas soumis à la contrainte par corps. 79, 272, 274. — Exception, 278. — *Quid* en matière pénale? 275, 627, 658. — Du mineur devenu majeur. 276. — Du mineur émancipé. 277. — Du mineur commerçant. 278, 377, 380. — Le tuteur, le père ou la mère non remariée ont le droit d'employer la force publique pour faire revenir le mineur auprès d'eux. 260.

MINUTE. Tout officier public doit, sous peine de contrainte par corps, représenter ses minutes quand l'apport en est régulièrement ordonné. 160, 165. — Étendue des mots officiers publics. 161.

MORT CIVILE. Elle fait cesser la contrainte par corps. 40, 384.

N

NOTAIRE. L'art. 2060 s'applique au notaire pour la remise des titres et deniers à lui confiés *pour* et *par* son client. 170 et suiv. — A moins qu'il n'ait été employé comme mandataire *ad negotia*. 174, 175. — *Quid* du notaire chargé d'un placement de fonds? 176 et suiv. — Ou de payer les frais d'enregistrement? 185.

O

OCTROI. Le débiteur de droits d'octroi qui a obtenu crédit est soumis à la contrainte administrative. 470, 471.

OFFICIERS MINISTÉRIELS ET PUBLICS. L'officier ministériel serait passible des peines portées par les articles 114 et 122 du Code pénal s'il conduisait le débiteur dans une prison autre que celle affectée aux détenus pour dettes. 28. — Ou s'il le mettait en charte privée. 28. — A Paris, une arrestation faite en matière commerciale par un huissier serait nulle. 21. — Le garde du commerce ne peut faire exécuter par corps les jugements des tribunaux civils. 24. — En matière commerciale, il n'a besoin de l'assistance du juge de paix que lorsque l'entrée du domicile lui est refusée. 19. — Tout exécuteur des mandements de justice qui, lors de l'arrestation, refuserait de conduire en référé le débiteur, est passible de dommages-intérêts. 552, 683. — Tribunal compétent pour statuer sur ces dommages-intérêts. 554. — Cas dans lesquels les officiers publics sont obligés, sous peine de contrainte par corps, soit de représenter leurs minutes, soit de délivrer des expéditions. 160 et suiv. Étendue du mot officier public. 161.

P

PAIR DE FRANCE. Ne peut être atteint par la contrainte par corps qu'avec une autorisation de la chambre. 23, 380.

PARAPHERNAL. La contrainte par corps pour stellionat n'a lieu contre la femme mariée que lorsqu'elle est séparée de biens ou mariée sous le régime paraphernal. 311.

PARENTÉ. Cas dans lesquels la parenté interdit la contrainte par corps. 535 et suiv., 681. — De la parenté naturelle. 538. — L'affinité subsiste-t-elle après le décès sans enfants de l'époux qui la produisait? 539. — Le mari et la femme ne peuvent être incarcérés simultanément pour la même dette. 547 et suiv., 682.

PARTIE CIVILE. — En matière pénale, toute condamnation au profit de la partie civile emporte de droit la contrainte par corps. 616, 655. — Sans avoir égard aux bénéfices d'âge ou de sexe. 658. — *Quid* lorsqu'à la suite d'un verdict négatif du jury, la partie civile obtient des dommages-intérêts? 656. — *Quid* si c'est le condamné qui obtient des dommages-intérêts contre la partie civile? 657. — La partie civile doit, comme en matière ordinaire, pourvoir aux aliments. 660. — Lorsque la condamnation ne s'élève pas à 300 fr., le bail d'une caution empêche la contrainte par corps de la part de la partie civile. 53, 663. — Principes qui régissent cette caution. 665. — De l'insolvabilité. 52, 666 et suiv., 698, 699. — Durée de la contrainte par corps. 669, 674.

PEINE. La contrainte par corps n'est pas une peine. 9, 144, 575, 641, 652.

PERCEPTEUR. Les percepteurs des contributions sont soumis à la contrainte par corps. 455. — Ainsi que leurs cautions et leurs préposés. 457, 458.

PÉTITOIRE. Le délaissement ordonné au pétitoire entraîne la contrainte par corps facultative. 186.

POSSESSION. La possession annale nécessaire pour la réintégrande. 118.

PRISE A PARTIE. Tout jugement prononçant indûment la contrainte par corps donne lieu à prise à partie. 265.

R

RATIFICATION. La ratification donnée par le véritable propriétaire fait disparaître le stellionat. 76.

RECEVEURS DES FINANCES. Les receveurs généraux et particuliers sont soumis à la contrainte par corps administrative. 455. — Ainsi que leurs cautions et leurs préposés. 457, 458.

RECOMMANDATION. Son caractère et ses effets. 32, 579, 582. — Formalités. 33. — Peut être exercée soit que le débiteur ait été arrêté pour dettes, soit qu'il ait été arrêté comme prévenu d'un délit. 32. — Droits et obligations du recommandant en ce qui concerne les aliments. 34, 595, 608.

RECONDUCTION (tacite). La contrainte par corps conventionnelle pour payement des fermages ne se reproduit pas dans la tacite reconduction. 204.

RÉFÉRÉ. Le débiteur, lors de l'arrestation, a le droit de se faire conduire en référé devant le président. 27. — L'officier ministériel qui s'y refuserait est passible de dommages-intérêts. 552, 683.

RÉINTÉGRANDE. Son véritable caractère : n'est qu'un cas de complainte. 84 et suiv., 112. — Nécessité de la possession annale. 84 et suiv. — En cette matière, la contrainte par corps est impérative. 120. — Elle n'atteint pas les femmes. 305. — La contrainte par corps n'a pas lieu si la dépossession a été exécutée sans voie de fait. 121. — *Quid* de la restitution au pétitoire? 122, 186 et suiv.

RESPONSABILITÉ. Les personnes civilement responsables sont-elles, en matière pénale, soumises à la contrainte par corps? 623 et suiv.

RÉTROACTIVITÉ. L'exécution des jugements et des actes peut toujours être gouvernée par la loi nouvelle. 685. — Toute loi qui vient améliorer le sort des personnes est maîtresse de se donner une application immédiate. 686; — ainsi que toute loi qui se lie à l'ordre public. 687. — Les septuagénaires ont été appelés par la loi de 1832 à profiter au bout d'un mois du bénéfice introduit en leur faveur. 688. — La loi de 1832 limite tous les emprisonnements jusque-là illimités. 689 et suiv.; — à l'égard des étrangers. 694 et suiv.; — en matière pénale. 698, 699. — Questions transitoires en matière commerciale. 703 et suiv.

S

SAISIE. Le saisi qui se permet de faire des coupes de bois, etc., est soumis à la contrainte par corps impérative. 250. — Ainsi que le saisi qui refuse de

délaisser l'immeuble adjugé. 251. — Le saisi constitué gardien dans le cas de saisie-gagerie est contraignable par corps. 141. — Exception en faveur de la femme. 301. — La saisie corporelle peut précéder la saisie des biens. 341 et suiv. — Ou coïncider avec elle. 346.

Sauf-conduit. Circonstances dans lesquelles il peut être accordé. 20. — Magistrats qui ont qualité pour le délivrer. 21, 22. — Du sauf-conduit *légal*. 23, 380.

Semences. La contrainte par corps a lieu sans convention contre les fermiers, etc., pour la représentation en fin de bail des semences. 195, 200. — Elle est facultative. 184, 195.

Séparation de biens. La femme séparée de biens peut être contraignable par corps comme stellionataire. 307 et suiv.

Septuagénaire. n'est pas soumis à la contrainte par corps. 291, 409 et suiv., 427, 476. — Peu importe que la dette ait été contractée avant les soixante et dix ans. 293, 427. — Condamnation en dommages et intérêts, en vertu de l'article 126 du Code de procéd. 294. — Stellionat. 292, 409. — Matière pénale. 626, 658.

Séquestre. (Voy. *Gardien*.)

Société. La caution d'un comptable de deniers ou effets mobiliers publics est soumise, comme associée, à la contrainte par corps. 147, 148, 149, 457. — La contrainte par corps a lieu entre associés. 366, 578.

Stellionat. Le bénéfice d'âge ne profite pas au stellionataire. 42, 79, 292, 409. — *Quid* du mineur? 79, 274, 278. — Ni le bénéfice de cession. 78. — Ni le bénéfice du terme. 78. — Ni le bénéfice de sexe. 79, 300. — Le failli stellionataire n'est pas admis à la réhabilitation. 78. — Le stellionat est un délit purement civil. 62. — Les termes de l'article 2059 sont restrictifs; exemples. 62. — Point de stellionat sans mauvaise foi. 65, 64. — Comment se manifeste la mauvaise foi. 68. Il faut de plus que l'acheteur ait été induit en erreur. 65, 67. — Et qu'il ait souffert préjudice. 74, 75. — Du mari et du tuteur. 69 et suivant. — La ratification donnée par le véritable propriétaire fait disparaître le stellionat. 76.

Syndic. Les syndics d'une faillite sont contraignables par corps comme comptables. 134, 135, 136, 241, 371.

T

Témoin. Le témoin défaillant est passible de la contrainte par corps. 249. — Elle est impérative. 249. — Elle s'exerce pour une somme moindre de 300 francs. 249, 260. — Le témoin défaillant est contraignable par corps sur l'ordonnance du juge-commissaire. 354.

Terme. Le stellionataire est privé du bénéfice du terme. 78. — Lorsque la dette est à terme, le créancier ne peut point faire incarcérer provisoirement l'étranger. 504.

Titres. Le détenteur de titres non dépositaire public est soumis à la contrainte par corps facultative. 247. — *Quid* des dépositaires publics? 160 et suiv.

Tribunal. L'arrestation ne peut se faire dans le lieu et pendant l'audience d'un tribunal. 17.

Tuteur. Le tuteur qui consent hypothèque sur ses biens sans déclaration de l'hypothèque *non inscrite* du mineur est stellionataire. 69. — *Quid* dans le cas de vente? 71 et suiv. — De la contrainte par corps pour reliquat de compte de tutelle. 234 et suiv. — Exception en faveur de la femme. 302. — Le tuteur peut employer la force publique pour faire revenir le mineur auprès de lui. 259.

V

Vente. La vente du fonds dotal ne constitue pas le stellionat. 62. — La vente faite par le mari ou le tuteur sans déclaration expresse des hypothèques légales ne constitue pas le stellionat. 71 et suiv. — L'acheteur qui n'est pas inquiété peut-il poursuivre son vendeur comme stellionataire? 75.

Voie d'exécution. La contrainte par corps n'est pas une peine, mais une voie d'exécution. 9, 144, 575, 641, 652.

Voiturier. Le voiturier est soumis à la contrainte par corps en qualité de dépositaire. 81.

FIN DE LA TABLE DE LA CONTRAINTE PAR CORPS.



CODE CIVIL.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE XVII.

DU NANTISSEMENT,

DU GAGE ET DE L'ANTICHRÈSE.

DÉCRÉTÉ LE 16 MARS 1804, PROMULGUÉ LE 26 DU MÊME MOIS.

PRÉFACE.

« *Hæc plurimæ commentationis et exercitationis* » *indigent.* »

(Cic., *De finibus*, III, 15)

Si le gage des meubles n'était alimenté que par les besoins civils, il n'aurait pas le rôle important qu'il joue dans la jurisprudence. Le contrat de nantissement mobilier est rarement, entre particuliers non négociants, l'auxiliaire d'affaires considérables. C'est d'ailleurs, c'est plutôt dans les gages fonciers et dans l'hypothéque, que le crédit civil puise ses grands moyens d'action. Le gage des meubles n'intervient ordinairement que dans de médiocres emprunts; il est peu recherché par les prêteurs qui traitent les affaires couramment et avec scrupule; car l'usure, à laquelle il sert trop souvent de manteau, ne lui laisse pas une réputation intacte. A part quelques exceptions, que je ne critique pas, on l'abandonne aux monts-de-piété, lieux privilégiés institués par la piété et maintenus par l'utilité publique, ou à de petits spéculateurs qui font fructifier leur argent d'une manière latente et sans contrat. Il est surtout l'expédient lucratif des usuriers de bas étage, qui exploitent les emprunteurs pauvres et honteux, et convoitent l'argenterie, les bijoux, les dentelles, derniers débris d'une ancienne opulence, dernière ressource d'un crédit aux abois. Cette race pernicieuse d'avides et dangereux prêteurs a été dépeinte à merveille par Regnard, sous les traits de madame la Ressource :

« . . . . Ce maraud m'avait dit
» Que sur des gages sûrs tu prêtais à crédit.
» — Sur des gages, monsieur ? c'est une médisance.
» Je sais que ce serait blesser la conscience.
» Pour des nantissements qui valent bien leur prix,
» De la vieille vaisselle au poinçon de Paris,
» Des diamants usés et qu'on ne saurait vendre,
» Sans risquer mon honneur je crois que j'en puis
[prendre [1]. »

Si toutefois nous remontons plus haut dans les antiquités de notre droit, le gage civil se montre sous d'autres formes et avec un autre but. Ce n'est plus un contrat adhérent au prêt et servant de garantie à un créancier. C'est un acte de procédure ayant sa place obligée dans le duel judiciaire et les *jugements de Dieu*. Le gage de bataille est célèbre dans le code sanglant du moyen âge. Alors régnait la triste et sauvage coutume de terminer par le fer les procès que nous jugeons aujourd'hui par le droit; et l'on pouvait répéter, du temps de Hugues Capet, cette pensée d'Ennius qui s'applique à toutes les époques de barbarie :

« *Non ex jure manu consertum, sed mage ferro*
» *Rem repetunt* [2]. »

Quand le demandeur avait porté sa plainte en jugement et offert le duel, si l'adversaire niait, le juge ordonnait le combat. Alors chacun jetait par terre un gantelet que l'autre relevait. Le duel était ainsi accepté. Ces gantelets étaient les

[1] *Le Joueur*, acte 2, sc. 14.

[2] Voy. Cicér.. VII, *Ad familiar.*, 13. Édit. Panck., t. 19, p. 380.

gages de bataille [1]. Il en est question dans les monuments les plus intéressants de l'époque féodale.

Lorsque le combat judiciaire eut été proscrit par les efforts de l'Église, par la sagesse de nos rois et par l'adoucissement des mœurs, il ne resta plus des gages ou *arrhes* de bataille qu'un mot qui se conserve encore dans notre pratique moderne : c'est celui d'*errements* de la procédure. On appela *errements,* ou *arrhes de plaid,* les actes de procédure en matière civile [2]. Félicitons-nous de ce que cette sanglante justice de nos aïeux n'a laissé dans nos habitudes qu'un mot qui a changé d'acception et dont beaucoup ignorent encore la source.

Si le gage n'a aujourd'hui, dans les rapports civils, qu'un mouvement borné, il en est autrement dans les rapports commerciaux. Le gage y est très-utilement et très-fréquemment pratiqué. Il fait la sûreté du commerce de commission; dans les affaires de banque, si les capitaux d'une place viennent au secours d'une autre place, c'est par les consignations que le crédit sollicité et garanti se décide à faire les avances de numéraire qui entretiennent la vie commerciale et le mouvement régulier des transactions. La marchandise, d'ailleurs, réunit les conditions qui rendent le gage facile, commode et sûr. Dans sa rapide et vive circulation, elle est presque en même temps vendue, expédiée et consignée. Toujours vénale, elle fait plus qu'assurer les écus : elle les représente et tient pour ainsi dire leur place. Toujours destinée au mouvement, elle ne craint pas, dans les liens du gage, une complète et stérile inertie. Quoique engagée, elle peut être déplacée, et, alors même qu'elle est en route, elle attire à elle les capitaux par la transmission du connaissement ou de la lettre de voiture. Il est donc peu d'affaires dans lesquelles la consignation ne soit pas mêlée. C'est pourquoi les livres de jurisprudence sont si riches en décisions qui touchent au gage commercial. J'ai cherché, en écrivant ce livre, à montrer dans ses principaux développements ce côté si remarquable du contrat de nantissement. Sans le point de vue commercial, le contrat de gage serait peu de chose; mais le commerce l'élève, l'agrandit, le présente sous des faces nouvelles, et remue des questions pleines d'intérêt et de difficultés. Sans doute, c'est le droit civil qui donne au commerce les règles essentielles par lesquelles les consignations sont gouvernées; car le droit civil est la base première du droit commercial; il le nourrit de ses principes et le guide par ses préceptes. Mais le droit commercial, en suivant sa marche au milieu des intérêts spéciaux dont il règle les rapports, a aussi son développement propre et son originalité. Les principes du droit civil, il les féconde par des germes nouveaux; il les combine avec l'économie politique et avec les rapports internationaux; il exige plus de liberté que le droit civil pour des transactions qui vont d'un monde à l'autre et qui seraient gênées par des formes trop étroites. De là ces franchises du droit commercial dont nous avons déjà vu des exemples dans nos commentaires de la *Société* et du *Mandat*. Le nantissement mérite d'être étudié sous ce rapport. On y verra que si le droit commercial est dans le droit civil, il y est avec privilége et immunité. C'est un enfant émancipé, et digne de l'être, qui a quelquefois ses volontés propres et son indépendance. Comme il est sage dans ce qu'il veut, ce qu'il veut doit être respecté.

J'ai expliqué ailleurs comment j'entends la subordination du droit commercial par rapport au droit civil [3]. Le droit civil, c'est le droit commun, c'est la raison érigée en loi, c'est l'équité appréciée par le législateur au point de vue le plus général; il

[1] Delaurière sur Loisel, liv. 6, tit. 1, n° 20. Ducange, v° *Duellum*.

[2] Delaurière, *loc. cit.*

[3] *Revue de législ.*, 1842, t. 16, p. 62, 63.

gouverne les affaires commerciales comme les affaires civiles; il est la loi de tous les citoyens et de toutes les transactions. Toutefois, il y a des cas où l'intérêt du commerce demande des règles particulières, et cet intérêt a druit de les obtenir pour sa sûrcté et son utilité; car le commerce se lie à l'intérêt public par les rapports les plus intimes. Assez souvent, il y a des tempéraments à lui accorder en faveur de la vive circulation de la marchandise, de la facilité de contracter promptement et librement, de la foi due aux tiers dans l'intérêt du crédit. La loi commerciale a donc ses maximes et ses statuts à côté de la loi civile; et non-seulement elle a ses statuts écrits, elle a aussi ses usages traditionnels, usages qu'on ne trouve pas formulés dans le Code de commerce, mais qui vivent dans la pratique, qui se sont formés par le contact de nation à nation, par les traités de commerce, par les traités de paix, par l'état de guerre, par la nature même de la marchandise perpétuellement vénale et mobile, par les rapides besoins de la circulation et du crédit. Ces usages sont aussi respectables pour les tribunaux que les textes les plus formels du Code civil et du Code de commerce. Qu'importe qu'ils ne soient pas codifiés et rédigés par écrit? Le législateur n'aurait pu suffire à leur infinie variété; son coup d'œil et sa prévoyance auraient été impuissants pour embrasser un si grand nombre de détails. Les usages commerciaux n'en ont pas moins une autorité égale à celle des textes, et l'on s'étonne des scrupules aussi étroits que déplacés qui, dans certaines affaires, leur ont trouvé les esprits rebelles [1]. J'ai entendu dire quelquefois que le législateur perfectionnerait son œuvre en les constatant [2]. Ce prétendu progrès ne serait qu'une tentative dans l'impossible. J'aimerais autant qu'on proposât de colliger, formuler ou décrire les innombrables usages ruraux; sauf à ressembler à cet enfant que saint Augustin rencontra sur le rivage d'Afrique, et qui creusait un trou dans le sable pour y mettre la mer. Les usages du commerce sont le complément de la loi écrite; lorsqu'ils existent par une pratique incontestable, force doit leur rester pleinement, si l'on ne veut pas porter la perturbation dans des rapports fondés sur la confiance et l'équité.

Mais quand manquent les usages consacrés, quand la loi commerciale n'a pas de statuts qui soient propres au négoce, c'est le Code civil qui saisit, à titre de droit commun, les affaires de commerce, et devient leur loi naturelle. Tel est mon sentiment sur la liaison du Code de commerce avec le Code civil. Je n'y vois rien qui puisse choquer la liberté dont le négoce a besoin et le crédit sur lequel il repose, et je m'étonne que Delamarre et Lepoitevin repoussent avec une si persévérante opposition une conciliation qui donne à toutes les nécessités du commerce tant de garanties et de légitimes satisfactions. Restreinte comme elle l'est, ma proposition est dans le vrai; elle fait la part de chacun, accordant à tous les intérêts ce dont ils ont besoin. Mais, précisément parce qu'elle se maintient dans un juste milieu, elle mécontente les partisans des extrêmes. Les uns ne veulent rien ou presque rien accorder aux usages non écrits, et asservissent les contrats commerciaux à des prescriptions incompatibles avec les principes mêmes du négoce. Poussant jusqu'au fanatisme le respect pour le Code civil, ils donneraient presque envie de déplorer l'existence d'une loi écrite dont les textes inflexibles seraient une source d'in-

[1] Voy. notamment un arrêt de la cour de cassation du 5 décembre 1842 (Dall., 43, 1, 20), relatif à une vente de liquides, à laquelle cet arrêt applique l'art. 1587 du Code civil. Cet arrêt doit être signalé comme un de ceux qui montrent le mieux les malheureux préjugés dont la jurisprudence est encore infectée sur certaines questions de droit commercial. Voyez, sur cette décision, les observations de Delamarre et Lepoitevin, t. 3, nos 177, 178 et suiv.; et mon comm. de la *Vente*, t. 1, no 100.

[2] Voy. les conclusions de l'avocat général dans cette affaire.

justices, un obstacle à l'équité, un démenti à l'expérience. J'ai combattu dans mes précédents commentaires cette ridicule superstition; celui-ci continuera la guerre contre une tendance qui a pour résultat de fausser le Code civil et d'imposer au commerce des règles avec lesquelles il ne peut pas vivre. On en verra surtout la preuve dans les discussions auxquelles je me suis livré sur les formes extérieures du gage commercial et sur la question, si importante et si débattue, de l'application de l'art. 2074 du Code civil à ce contrat. Aidé de l'art. 2084 qui, sur ce point, constate l'incompétence de la loi civile, j'ai démontré, contre ceux qui se croient plus sages que cette sage disposition, que l'usage commercial, se mettant en harmonie avec des intérêts qui embrassent le monde commerçant, a repoussé, dans tous les cas non prévus par l'art. 95 du Code de commerce, des formalités gênantes, minutieuses, inutiles au crédit. Par bonheur, j'ai trouvé les textes du droit civil expressément favorables à cette liberté du commerce, et je n'ai eu à lutter que contre la fausse interprétation par laquelle on les élude ou on les pervertit. J'espère que les esprits qui voudront bien me lire sans prévention reconnaîtront que j'ai été l'interprète fidèle de la vérité et le zélé défenseur des prérogatives du droit commercial. Mais je n'en suis pas moins attaché à cette idée que, dans le silence de la loi commerciale écrite et des usages, c'est le Code civil qui est la loi dominante, la loi mère, la base sur laquelle les intérêts commerciaux se développent. Nier cette idée, et vouloir que la loi commerciale soit une loi *sui generis*, qui peut bien se rencontrer quelquefois avec le Code civil, mais jamais lui être subordonnée, c'est, à mon sens, une autre exagération qui fait la contre-partie de celle que je combattais tout à l'heure. Je ne reviendrai pas sur les arguments que j'ai opposés naguère à Delamarre et Lepoitevin pour soutenir ma thèse contre la leur [1]. La question est entrée depuis lors dans le domaine d'une discussion plus large; de nouveaux combattants se sont montrés avec avantage dans la lice [2], et m'ont porté un secours dont j'avais besoin contre mes deux savants adversaires. De mon côté, j'ai mieux fait, je crois, que de discuter : j'ai agi, et fondant, dans mon commentaire de la *Société*, du *Prêt* et du *Mandat*, le droit commercial avec le droit civil, j'ai fait toucher au doigt la fraternité des intérêts commerciaux avec les intérêts civils; j'ai montré la source commune où ils puisent leurs règles générales, leur marche simultanée sous la même bannière; et l'on a pu voir comment, au milieu de certaines différences qui signalent leur individualité, ils vivent cependant par des principes communs, par les notions d'équité, de droit naturel, de droit commun [3] dont notre Code civil est la haute expression. Le plus ordinairement, les relations commerciales n'ont pas d'autre boussole que le Code civil, et c'est dans le sein de ce Code que se concentrent leur marche et leur action [4]. Quelquefois cependant le commerce a besoin de certaines franchises, et nul n'a été plus attentif que moi à mettre en relief ces exceptions notables à notre Code civil. Du reste, même dans ce cas, c'est encore le droit civil qui fait les frais de ces rapports exceptionnels; seulement, c'est le droit civil soumis à un autre arrangement et détourné de sa route habituelle. Tant il est vrai que le droit civil, c'est-à-dire l'équité naturelle propre aux rapports privés, est le fonds commun qui alimente toutes les ramifications de la jurisprudence.

Mais revenons au gage. Si le gage mobilier est plus fréquent dans le commerce que dans les rapports civils, par contre, le gage

[1] *Revue de législat.*, t. 16, p. 65.

[2] Voy. l'ouvrage très-remarquable de Massé, *le Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*. Alauzet, *Revue de législ.*, t. 21, p. 323, cité *infrà*, n° 121.

[3] *Revue de législ.*, *loc. cit.*, p. 71.

[4] *Infrà*, n° 214.

immobilier a un horizon plus étendu dans les rapports civils que dans les rapports commerciaux. La rapidité qui préside aux transactions commerciales s'accommode médiocrement des formes de l'hypothèque et de la lenteur inséparable du crédit foncier. D'ailleurs les immeubles ne sont engagés en général par les commerçants qu'à la dernière extrémité. Étrangère au mouvement commercial, la propriété foncière n'en devient l'auxiliaire et la garantie qu'en faussant les conditions du crédit du négociant. Dans l'état normal d'une maison bien assurée, si sa seule parole ne lui suffit pas pour obtenir confiance, c'est dans la marchandise sur laquelle elle spécule qu'elle doit placer la base de son crédit. La marchandise ne cesse pas alors de remplir sa destination ; elle est la sûreté naturelle offerte aux tiers, et soit qu'elle procure de l'argent par vente, soit qu'elle en procure par un emprunt qu'elle garantit, elle ne sort pas de son office et de son rôle. Mais quand la foi publique recule tout à la fois devant la parole et l'actif commerçable du négociant; quand elle ne consent à prêter que sur la garantie de choses non commerçables et propres aux rapports civils; quand il faut que la propriété territoriale vienne en aide au crédit défaillant du négoce, c'est un signal de détresse et une perturbation. Aussi les négociants recommandables et accrédités tiennent-ils à honneur de conserver la liberté de leurs immeubles. C'est dans la marchandise qui constitue leur actif qu'ils assoient la confiance offerte aux tiers et la sûreté de leurs transactions. Leurs propriétés foncières restent en dehors des faits commerciaux auxquels ils se livrent; ils ne les attirent pas dans le mouvement de leurs spéculations ; ils les en éloignent, au contraire, parce qu'un commerce n'est bon qu'autant qu'il se suffit à lui-même par ses propres ressources.

Le gage immobilier n'est donc pas l'élément ordinaire du crédit commercial. C'est pourquoi le commerce n'a jamais imprimé son originalité sur les contrats d'hypothèque et d'antichrèse. L'hypothèque et l'antichrèse ne doivent rien au droit commercial; au contraire, le gage mobilier lui est redevable de vastes développements et d'applications pleines de nouveauté.

Mais quand je place l'hypothèque et l'antichrèse sur la même ligne, je n'entends pas dire que ces deux contrats offrent au crédit civil des ressources égales en puissance. L'hypothèque l'emporte de beaucoup sur l'antichrèse. L'antichrèse, qui enlève au débiteur la possession de son immeuble, est l'enfance du crédit; l'hypothèque, qui le lui conserve, en est le développement ingénieux. Rome ignorait l'hypothèque lorsque déjà depuis bien des siècles les débiteurs qui voulaient emprunter sur gage immobilier étaient obligés de se dessaisir du champ paternel par la fiducie, sorte de vente à réméré, précurseur de l'antichrèse. On s'occupait peu de l'hypothèque du temps de Pierre de Fontaines et de Beaumanoir. En revanche, les engagements immobiliers étaient fréquents et arrachaient au débiteur la possession de sa terre chérie, ainsi qu'il arriva à Joinville partant pour la terre sainte [1]. Plus on s'enfonce dans les siècles de barbarie et de méfiance, plus on s'éloigne de l'hypothèque. Notre âge est trop avancé dans l'intelligence des véritables notions économiques appliquées au droit pour ne pas donner la préférence à l'hypothèque sur les combinaisons gênantes de l'antichrèse. L'antichrèse demande au sentiment de la propriété un trop grand sacrifice de lui-même; elle a tous les inconvénients de la vente joints à une fâcheuse incertitude sur le sort de la chose; puis, elle n'est pas bonne pour l'agriculture; elle ne lui procure ni capitaux fécondants, ni encouragements. Il n'est pas rare non plus de découvrir en elle quelque repli secret qui cache l'usure ou d'acerbes conditions. Toutefois, je le répète, les engagements immobiliers avec dépossession du débiteur ont eu leur moment de faveur. Le moyen âge, privé de commerce et hérissé de dé-

[1] *Infrà*, p. x.

fiances, les multiplia par cet esprit de cautèle que Vico a très-bien signalé [1]. Comme ce point de l'histoire du droit présente des faits instructifs, je dois m'y arrêter quelques instants. Il se rattache aux vicissitudes les plus intéressantes du droit de propriété.

La féodalité avait consolidé dans les mains des princes et des seigneurs d'immenses propriétés territoriales. D'un autre côté, la piété des fidèles avait enrichi les établissements religieux par de nombreux domaines. A l'heure qu'il est, en présence de l'heureuse division de la propriété dont nous sommes témoins, on a peine à croire à la vaste étendue des terres qui étaient attachées au fisc des monarques, des ducs, des seigneurs, des évêques, des monastères. C'était des lieues de pays, ou même des contrées tout entières qu'il fallait parcourir pour apercevoir les limites de ces *latifundia* [2], où quelquefois 20,000 serfs dépendaient d'un seul maître [3]. Là se trouvaient des forêts profondes dont la possession était un signe de supériorité presque régalienne [4], et dans lesquelles s'exerçaient les chasses des grands [5]; des marais insalubres, et des étangs qui fournissaient la nourriture des jours maigres; des pâturages, en partie improductifs et délaissés, qui prenaient le nom de *solitudes* [6]; des terres labourables, quoique n'étant pas toujours labourées, où les colons et les serfs venaient s'établir à l'appel du maître et porter le travail de leurs bras; des châteaux forts destinés à la défense de la seigneurie; des villes et des villages tenus en toute propriété par la puissance féodale qui étreignait de son pouvoir les personnes et les choses. Mais, au milieu de ces richesses territoriales, l'argent était rare; les revenus se payaient en nature, les cens étaient modiques, et le commerce contrarié et maltraité ne donnait qu'un faible mouvement aux échanges. Et pourtant la féodalité éprouvait de grandes nécessités d'argent; elle avait son luxe, ses libéralités, ses besoins, ses guerres intestines qui la déchiraient. Le trésor seigneurial, lentement et patiemment augmenté par les épargnes, les vexations et les rapines, ne pouvait pas toujours y suffire; de mauvais jours arrivaient où le fisc épuisé ne pouvait plus se soutenir que par des emprunts. Mais comment trouver de l'argent? La confiance était perdue; les capitalistes, presque tous juifs ou étrangers, se vengeaient par d'horribles usures des mépris de l'opinion et des spoliations des princes; le numéraire se cachait et il fallait de grands appâts pour l'exciter à se montrer.

La terre était cet appât, et les propriétaires les plus jaloux des prérogatives qu'elle conférait, étaient forcés à l'engager et à s'en dessaisir pour sortir de leur pénurie. Ce n'était pas l'hypothèque qui satisfaisait les prêteurs; en ce temps-là, on ne prenait pas confiance dans une chose qu'on n'avait pas sous sa main; il fallait tenir et toucher le gage auquel on donnait foi; il fallait en avoir cette possession matérielle, qui seule peut satisfaire les esprits méfiants et à laquelle les âges barbares attachent tant de prix. Du reste, la spéculation n'était pas à dédaigner par ceux qui avaient de l'argent à prêter; et la féodalité elle-même ne laissait échapper aucune occasion d'en profiter. La raison en est simple; les engagements, en faisant passer dans la possession du prêteur des terres, des châteaux, des provinces, agrandissaient ses domaines et ajoutaient à sa puissance. C'était quelquefois une frontière ou une forteresse de défense qu'il acquérait; on résolvait par

[1] P. 380, trad. de madame de Belgiojoso.

[2] Voy. la préface de mon comm. du *Louage*, p. lxvij; édit. Wahlen, p. 19.

[3] Témoin Alcuin, qui avait vingt mille esclaves dans ses terres. Sismondi, t. 2, p. 276; édit. belge, t. 1, p. 448 et 449. La préface de mon comm. du *Louage*, p. lxxij; édit. Wahlen, p. 21.

[4] Ducange, v° *Foresta*.

[5] *Id.*

[6] La préface de mon comm. du *Louage*, p. lxxvij, note 5; édit. Wahlen, p. 23.

un contrat d'emprunt sur gage immobilier des difficultés dont des guerres sanglantes auraient pu seules amener l'issue. D'un autre côté, la restitution de l'argent prêté se faisait ordinairement attendre très-longtemps ; une génération se passait souvent avant que le débiteur ne pût, en se libérant, retirer sa chose engagée. Pendant ce délai, le prêteur avait le temps d'utiliser la chose de la manière la plus avantageuse, soit pour lutter contre ses adversaires, soit pour se rendre redoutable et asseoir son autorité. C'est ainsi que l'empereur d'Allemagne, Frédéric, reçut en engagement de Thierry, cinquante-sixième évêque de Metz [1], pour la somme de 200 marcs d'argent, toutes les terres que l'évêché avait dans le pays de Liége [2]; accroissement de territoire qui était un aussi bon coup de politique qu'une bonne opération de finance. De son côté, l'évêque Thierry, qui éprouvait de très-graves difficultés de la part de ses sujets du pays de Liége, n'était pas fâché de les faire passer pour quelque temps sous la verge de l'empereur pour les façonner à la discipline et à l'obéissance, et du même coup il recevait de l'empereur la somme d'argent qui était nécessaire à son fisc épuisé. Ces terres formaient cependant la plus belle partie de l'évêché de Metz, et je ne crois pas qu'elles aient été rachetées. Du reste, l'épiscopat de Thierry, affligé de désastres et de séditions [3], fut témoin de beaucoup d'autres engagements de terres, villes, maisons, seigneuries, qui démembrèrent le domaine épiscopal [4]. Il paraît même qu'il alla jusqu'à engager à la ville de Metz la monnaie et le droit de battre monnaie, qui appartenaient à l'évêché [5]. Rien n'est plus curieux à lire que l'histoire des évêques de Metz, pour ceux qui veulent se faire une idée du mouvement de la propriété dont je m'occupe ici. On y voit une alternative continuelle d'engagements et de retraits, suivant la fortune plus ou moins prospère de chaque évêque. Quand un règne est favorisé par d'heureuses circonstances, l'évêque met tous ses soins à faire rentrer les terres de son domaine et à payer ses dettes ou celles de ses prédécesseurs. Tel fut Bertram, dont l'épiscopat est resté célèbre dans les annales de Metz par ses bonnes lois et sa bonne administration [6]. Mais si les guerres, les révoltes, les famines, rendent un règne désastreux, alors recommencent les engagements ; alors le domaine est de nouveau démembré, et la terre, servant de nantissement à des emprunts réitérés, passe dans la main des prêteurs [7]. Ce que je dis des évêques de Metz peut également s'appliquer aux évêques de Toul et de Verdun, et à presque tous les seigneurs qui exercèrent, à cette époque, la puissance régalienne.

Ces prêteurs, du reste, n'étaient pas toujours faciles à reconnaître le droit de l'emprunteur, quand celui-ci se présentait, son argent à la main, pour opérer le retrait de sa chose. L'histoire des princes ecclésiastiques dont nous venons de parler témoigne à chaque instant des résistances que rencontraient leurs droits. Lorsque, par exemple, Bertram exigea le retrait de la terre d'Arancy, qui était entre les mains du comte de Lambourg, celui-ci opposa un refus opiniâtre, et il fallut faire intervenir, pour le vaincre, les forces et l'autorité de l'empereur d'Allemagne. On conçoit cette tendance des engagistes. Possesseurs de beaux fiefs, de belles terres et de châteaux importants, il leur en coûtait de les relâ-

[1] Vers 1170.

[2] *Hist. des évêques de Metz*, par Meurisse, p. 419, 420 : « Pro 200 marcis, imperatori Frederico *impignoravit*. »

[3] Calmet, t. 2, p. 188.

[4] Meurisse, *loc. cit.*

[5] Vers 1180.

[6] Meurisse, *loc. cit.*, p. 432.

[7] P. 486, 489, 495, etc., etc. Voy. par exemple, Condé-sur-Moselle engagé pour 77.000 livres tournois, etc., et d'autres engagements faits par Henri Dauphin, autre évêque de Metz, pour 1.200,000 florins pour faire des levées.

cher, surtout lorsqu'un long temps s'était écoulé sur leur occupation. Oubliant l'origine précaire de cette occupation, ils finissaient par se persuader qu'ils en avaient la propriété incommutable; c'est là, en effet, le sentiment qui accompagne presque toujours les longues possessions; la prescription est la consécration juridique. Alors on discutait, on se querellait, les procès se traduisaient en guerre sanglante, à moins qu'un arbitre supérieur ne vînt faire cesser l'usurpation et mettre les parties d'accord par une transaction [1].

L'époque des croisades ajouta des causes nouvelles à celles qui, jusqu'alors, avaient naturellement multiplié les engagements; les dépenses que ces excursions lointaines firent peser sur la chevalerie étaient au-dessus des moyens ordinaires des seigneurs; il fallut emprunter, et les engagements devinrent plus nombreux que jamais. C'est ce que Joinville nous apprend, et, quoiqu'il ne parle que pour son propre compte, il est certain que rien n'était plus fréquent, alors, que de voir des seigneurs, des écuyers, jadis riches, réduits, par les engagements de leurs terres, à un état voisin de la pauvreté. Le roman de Garin le Lorain (le Loheran) fait allusion à cet état de la chevalerie contemporaine dans le trait que voici :

Un écuyer avait mis ses terres en nantissement, et il ne lui restait qu'un cheval arabe, deux petits chiens bassets, et un lévrier plus blanc que fleur de lis. Un jour il rencontra le damoiseau Hervis qui, à sa vue, fut pris de grande convoitise pour ces beaux animaux; Hervis lui en offre un grand prix s'il veut les vendre. L'écuyer aimait pourtant beaucoup son cheval, ses deux chiens et son lévrier; mais il pense à sa terre engagée; il va ravoir ses châteaux et ses villages pour l'argent qui lui est offert; comment résister à cette tentation? Il cède, et le marché est conclu. Alors, il court payer ses dettes et rentre dans son héritage.

« Li écuyer fut forment esjoui ;
» Il étoit pouvre et d'avoir moult mendi [2].
» Très-fort est-il riche et menanti;
» Car racheter pourroit bien son pâtis [3].
» Il racheta bourgs, châteaux, seigneuries.
» Granda dettes ot li écuyer gentil [4]. »

Ce qui doit être remarqué, c'est que ce n'était pas ordinairement avec les juifs et les Lombards que se traitaient ces emprunts. De tels engagements auraient été embarrassants pour ces prêteurs cosmopolites, qui, toujours menacés d'expulsion et de confiscation, préféraient la richesse mobilière aux dangers des possessions territoriales. C'étaient les villes qui faisaient ces prêts [5]; c'étaient quelques seigneurs avares, plus habiles que les autres à thésauriser ou à exploiter leurs sujets; c'étaient surtout les couvents, dont la richesse, alimentée par les dons et les aumônes, était moins exposée aux calamités contemporaines; c'étaient enfin les rois, prêteurs dangereux, qui mettaient le pied dans un fief à titre d'engagistes, et trouvaient ensuite de bonnes raisons pour l'y conserver à titre de propriétaires. Je vois, par exemple, Hugues XIII de Lusignan, comte de la Marche et d'Angoulême, engager ces deux comtés à Philippe le Bel pour une grosse somme d'argent [6]. A la mort de Lusignan, son frère et ses sœurs voulurent, à défaut d'enfants, se mettre en possession. Mais Philippe le Bel avait pris ses précautions, et ses légistes d'ailleurs étaient là pour veiller à ses droits et, en cas de besoin, à ses usurpations. La prétention des héritiers du dernier feudataire fut donc condamnée, et le roi de

[1] Voy. dans Meurisse, le règne de l'évêque Jean d'Apremont, 60e évêque de Metz (p. 449).
[2] Il était pauvre et manquait d'argent.
[3] Son héritage.
[4] Voy. le roman de Garin dans Calmet, *Preuves de l'histoire de Lorraine*, t. 1, p. cclix.
[5] La ville de Metz prit en gage de l'évêque Thierry la monnaie de l'évêché (Meurisse, p. 420).
[6] Chronic. Nangii continuat., p. 56. Sismondi, t. 9, p. 142 et 143; édit. belge, t. 6, p. 88.

France resta maître des deux terres engagées. Il est certain que le domaine royal s'est beaucoup augmenté par ces engagements. L'emprunteur, se trouvant dans l'impossibilité de se libérer, léguait à ses héritiers une charge qu'ils ne pouvaient pas remplir plus que lui-même. Les générations se succédaient et finissaient par s'éteindre; le domaine, toujours présent, ne trouvant plus personne pour faire valoir des droits perdus ou oubliés, passait de l'état de possesseur précaire à l'état de propriétaire incommutable. Ne nous étonnons pas, du reste, de cette difficulté des emprunteurs pour se libérer. Quand on songe que, malgré tous les trésors que la découverte de l'Amérique avait fait affluer en Espagne, ce pays ne put jamais payer à Louis XIV la dot de 500 écus d'or qui avait été constituée à la reine Marie-Thérèse d'Autriche par son contrat de mariage de 1659, et cela quoique le payement de cette dot fût la condition de la renonciation de la reine à la succession d'Espagne [1], n'est-il pas facile de comprendre qu'à une époque où le numéraire était beaucoup plus rare qu'au XVIIe siècle, où l'anarchie causait beaucoup plus de ravages, où l'administration de toutes choses était bien plus dénuée de prévoyance que ne l'était l'administration espagnole sous les successeurs de Charles-Quint, les emprunteurs, quelque puissants qu'ils fussent, étaient obligés de reculer devant la libération et le retrait de leurs terres engagées?

Mais comment ces prêts se conciliaient-ils avec les sévères prohibitions de l'usure prononcées par le droit canonique? Il est certain que l'antichrèse avait été jugée usuraire par les canons; car le créancier qui reçoit la chose dans ses mains et qui en recueille les fruits est dans une situation identiquement semblable à celle du prêteur qui se fait payer des intérêts; la perception des fruits n'équivaut-elle pas à la perception des intérêts? Or, l'intérêt de l'argent était, aux yeux des lois canoniques, une monstruosité et une atteinte impardonnable portée à la charité. L'antichrèse, autrement appelée mort-gage, était donc une pratique condamnée [2]. L'Église ne recevait le gage immobilier qu'autant que les fruits de la chose étaient employés à éteindre le capital [3]. Comment se fait-il donc que nous trouvions dans l'histoire une pratique si constante et si générale d'engagements immobiliers, qui procurent au possesseur et la perception des fruits, et une foule d'avantages qui valent bien autant et plus que l'intérêt de l'argent?

La raison en est que ces engagements n'étaient pas des antichrèses proprement dites. L'antichrèse ne procure au détenteur aucun droit réel; elle ne démembre pas la propriété; elle n'est qu'un droit mobilier conféré au créancier [4]. Les engagements étaient, quoi qu'en ait dit d'Aguesseau, quelque chose de différent. Autrement ils n'auraient pas résisté à la proscription canonique. Ils tenaient beaucoup moins de l'antichrèse que de la vente à réméré; affectant la chose d'un droit réel [5], ils se rapprochaient, sous ce point de vue, par des liens très-étroits, de l'aliénation à faculté de rachat. C'est pourquoi, dans le langage des actes du temps, et même dans le langage du monde [6], le retrait de l'engagement s'appelle rachat. C'est pourquoi encore on mettait les engagements sur la même ligne que les ventes à réméré. On serait même tenté de confondre l'engagement et le réméré, si les textes des coutumes et des ordonnances ne paraissaient pas les distinguer, au moins de nom. La nuance assez

[1] Mignet, *Succession d'Espagne*, t. 1, p. 42, 82, 84. Sismondi, t. 26, p. 265, 266; édit. belge, t. 18, p. 276.

[2] Durand de Maillane, v° *Antichrèse*.

[3] Voy. *infrà*, mes observations sur l'antichrèse, à l'art. 2085, n°s 501, 502, 503.

[4] *Infrà, loc. cit.*, n°s 515, 524, 526.

[5] Ce droit réel était susceptible d'être saisi et décrété. Brillon, v° *Engagement*, n° 2.

[6] Voy. ci-dessus le roman de Garin, au lieu précité.

faible qui les séparait consiste en ce que, dans l'engagement, ce n'était pas une toute-propriété résoluble que le contrat conférait au créancier, mais seulement un droit réel d'où découlaient la possession, la jouissance, les profits utiles, les actions contre les tiers, le tout sous un titre précaire et avec condition de retrait perpétuel en remboursant les deniers prêtés. Telle est l'idée que m'a laissée l'étude réitérée et approfondie de beaucoup de titres d'engagements qui se reportent aux naïves pratiques de la féodalité. A ce point de vue, l'engagement est un contrat *sui generis* qu'il ne faut pas confondre avec l'antichrèse. C'est une imitation de la fiducie romaine, un adoucissement du réméré. Les Romains avaient inventé la fiducie par amour de la forme; le moyen âge a consacré l'engagement par crainte de l'usure. Deux causes fort différentes ont amené un résultat à peu près semblable. Sans l'engagement, on ne voit pas comment, dans les jours orageux du moyen âge, la propriété, privée de l'antichrèse et méconnaissant l'hypothèque, aurait pu servir d'auxiliaire utile au crédit ruiné.

L'engagement, tel que nous venons de le décrire, était le contrat d'emprunt familier entre les propriétaires féodaux. Quand les grandes existences seigneuriales eurent été abaissées, le domaine de l'État, malgré les démembrements qui depuis tant de siècles avaient porté atteinte à son intégrité, restait encore le propriétaire le plus considérable de France. Les engagements se ralentirent donc du côté des seigneurs; mais ils continuèrent du côté du domaine de l'État sans intermittence. Ces riches terres du domaine, d'où étaient sortis et les bénéfices de la première race et les fiefs de la seconde, et tant de concessions de toute espèce à titre d'emphytéose, de censive, etc., etc., ces riches terres, disons-nous, conservaient encore les plus belles masses de forêts, les plus belles seigneuries, les plus beaux droits de propriété féodale et civile; et elles étaient la ressource des temps calamiteux à une époque où les finances étaient mal administrées et où l'impôt, lourd pour les sujets, était toujours insuffisant pour l'État. Je ne nierai pas que, dans beaucoup d'occasions, les engagements dont le domaine était l'objet ne fussent, pour le moment, un expédient profitable. Lorsque l'argent manquait pour les levées d'hommes et les autres besoins de l'État, et que le crédit public, entièrement ignoré, défaillait à la bonne gestion des intérêts du pays, on était heureux d'appeler, par les engagements de la propriété, la confiance des capitalistes. Mais il est triste de dire combien d'abus se mêlaient à ces opérations d'emprunt. Tantôt on simulait pour les courtisans des prêts apparents qui masquaient des donations ruineuses; tantôt les traitants avides, après avoir acheté la complaisance des administrateurs, accaparaient, pour de modiques sommes dont l'Etat ne profitait pas, de magnifiques propriétés; espérant qu'il se trouverait des arguments irrésistibles pour qu'on les oubliât dans leurs mains, ou que l'État, déjà pauvre, deviendrait plus pauvre encore et ne pourrait se libérer. Le domaine était une proie livrée à la curée des favoris, à la dilapidation des corrupteurs et des corrompus. Ce n'est pas que de temps en temps l'État ne prît sa revanche; dans les intervalles où la probité rentrait dans les conseils du gouvernement, elle livrait la guerre à la fraude, elle dévoilait les turpitudes et faisait rendre gorge aux possesseurs injustes. Mais bientôt revenaient les besoins, et avec eux toutes les *importunités* (c'était le mot usité), mais, disons mieux, tous les abus qui affligent l'administration dans les moments de détresse. Ce que nous montrions tout à l'heure en petit dans la souveraineté d'un principule, chez l'évêque de Metz, c'est l'histoire des États les plus puissants et de la France elle-même. Nous y voyons une fluctuation continuelle d'engagements et de retraits, le tout accompagné de plaintes, de récriminations, d'enquêtes, de protestations et de procès. Le principe de l'inaliénabilité du domaine, consacré en France et dans d'autres Etats voisins, tels que la Lorraine et le

Barrois, imitateurs de la France, fut imaginé pour mettre les princes à l'abri des obsessions, et pour sauver le patrimoine public compromis par de coupables complaisances. Ce principe était populaire [1]. Les états généraux l'approuvaient hautement et en réclamaient avec énergie la sévère application. Il mit une barrière aux dissipations, et sauva du naufrage ce qui n'avait pas été encore englouti. Quel que fût le titre dont les aliénations du domaine fussent colorées, on les considéra toutes comme des engagements précaires de leur nature et soumis à un retour perpétuel et à bon plaisir. Quel que fût le temps qui eût passé sur ces engagements, l'État put aller les chercher chez les successeurs les plus éloignés, chez les tiers détenteurs, et aucune prescription n'eut assez de vertu pour les rendre irrévocables [2]. Toutefois le commerce des terres domaniales, connu sous le nom d'engagemenls, ne cessa pas par ces mesures; il y eut toujours des princes faibles, des courtisans importuns, des prêteurs imprudents; la spéculation, tantôt encouragée, tantôt réprimée, eut ses moments de faveur et ses moments de crise. Ce n'est que lorsque l'administration eut été régénérée par la révolution, et que les finances, mieux conduites, eurent trouvé dans la bonne assiette de l'impôt et dans l'emploi du crédit des ressources assurées, que le gouvernement renonça pour toujours aux engagements domaniaux. Aujourd'hui, d'ailleurs, ces engagements sont de trop petits moyens pour tenir place dans notre système de finances. Le gouvernement alimente le trésor par des combinaisons plus vastes et plus savantes; il repousse avec raison ces expédients éphémères qui peuvent tout au plus donner quelques jours de vie au crédit d'un particulier, mais qui iraient se perdre inaperçus dans le grand courant des besoins de l'État.

Enfin, comme nous l'avons dit plus haut, ce n'est pas à une époque où les engagements qui dessaisissent l'emprunteur ont été délaissés pour le régime hypothécaire, que l'État resterait dans la vieille ornière du crédit du moyen âge. Son crédit est le plus perfectionné qui ait jamais existé; son grand livre est le plus sûr des placements; ses bons du trésor sont le papier le plus recherché. Les garanties solides qu'il offre aux capitaux, c'est une administration sage et contenue par les chambres; c'est le sentiment de la bonne foi qui préside à tous ses actes; c'est une scrupuleuse exactitude dans l'accomplissement de ses obligations; il n'y a ni antichrèse ni hypothèque qui vaillent ces sûretés.

La conclusion de tout ceci, c'est que le nantissement des immeubles, après avoir eu son règne brillant dans la société, tend de plus en plus à céder la place à l'hypothèque. L'antichrèse apparaît donc assez rarement dans la jurisprudence générale de la France; elle ne se montre guère que dans quelques provinces attachées aux usages du passé, peu familières avec le régime hypothécaire, et trop pauvres encore pour être entrées dans les pratiques nouvelles du crédit. Telle qu'elle est cependant, elle mérite d'être étudiée; elle offre même quelques questions pleines de difficultés et sur lesquelles les meilleurs esprits ne sont pas d'accord. Je ne sais si les Grecs, qui nous l'ont léguée, en firent autant d'usage que de l'hypothèque, dont ils furent aussi les inventeurs; je doute qu'à Rome elle ait tenu, dans le mouvement des affaires, une place aussi considérable que les sûretés hypothécaires; car elle n'est mentionnée que dans des textes rares, dont le petit nombre contraste avec l'immense étendue que les livres du droit romain ont donnée à l'hypothèque. Ce qu'il y a de certain, c'est que l'antichrèse a fini son rôle, et que, sans vouloir dire qu'elle s'en

[1] Mon écrit sur le *Barrois mouvant*, p. 178.

[2] Les lois françaises sont connues; j'ai exposé l'état de la législation lorraine et barrisienne dans mon écrit sur le *Barrois mouvant*, p. 178 et suiv.

va tout à fait, il est difficile d'espérer d'elle quelques progrès favorables pour le développement des intérêts économiques.

P. S. Je termine par ce volume la série de mes commentaires sur la partie du Code civil qui commence à la *Vente*. Il ne m'appartient pas de juger mon propre ouvrage. J'ose croire cependant qu'à défaut des qualités qui me manquent, le public a pu apprécier dans mes écrits l'amour communicatif de la science du droit et un zèle sérieux pour en rendre les notions populaires. J'avais devant moi un modèle, un maître, un. de ces noms qui inspirent ou découragent : je parle de Pothier. J'ai été assez confiant dans les tendances nouvelles que les besoins de notre siècle et le Code civil ont imprimées à la jurisprudence, pour ne pas céder à la crainte pusillanime d'une comparaison qui me serait défavorable; et j'ai marché avec résolution dans des voies où je rencontrais à chaque instant cet esprit supérieur. Est-ce de ma part illusion de l'orgueil? Non assurément. Qui pourrait aujourd'hui se croire l'égal de Pothier? Qui pourrait ne pas admirer cette haute raison si nette et si sûre, ce style coulant d'une eau si limpide, et si bien approprié à une science que l'auteur voulait rendre accessible à tous; cette philosophie morale si équitable et si honnête; cette érudition sans faste, si pleine à la fois de substance et de simplicité? Voilà l'homme incomparable (au moins dans les temps modernes) qui a traité presque tous les sujets que j'ai traités. Que je lui aie été bien inférieur, c'est ce dont je ne doute pas; et quand je le déclare, ce n'est pas par l'affectation d'une modestie de parade. A quoi servirait d'exercer tous les jours, dans l'étude, son goût et son jugement, si l'on n'apprenait par là le degré d'estime appartenant à chaque écrivain, et si l'on manquait du discernement nécessaire pour mettre au rang le plus éminent des hommes tels que Pothier, l'esprit le plus français, le jurisconsulte le plus facile, le représentant le plus fidèle de tout ce que nous aimons : le bon sens, la rapidité, l'ordre, la méthode, la clarté? Mais telle est l'activité féconde de la jurisprudence, qu'elle ne reste jamais stationnaire; telle est la variété des intérêts humains, qu'ils montrent sans cesse à l'intelligence un nouvel horizon. Lorsque Pothier parut, il fallait résumer le droit; aujourd'hui, il faut l'étendre. Pothier trouva la science encombrée, diffuse, péchant par surabondance et par luxe; maintenant, elle a pour défaut capital la sécheresse, la maigreur, l'indigence. Sans réduire le droit à sa plus simple expression, comme l'avait fait Domat avec la rigueur d'un algébriste, il fallait, au dix-huitième siècle, l'abréger, le rendre sobre, précis, méthodique, et cependant lui laisser la profondeur scientifique et la richesse de la doctrine. Pothier a merveilleusement réussi dans cette tâche; c'est là le chef-d'œuvre de son talent. Mais, à l'heure qu'il est, il est permis de penser que le Code civil, résumé des progrès de la société moderne dans l'ordre des rapports privés, ouvre une carrière dans laquelle la science doit se montrer sous des formes nouvelles. Le droit, depuis l'avénement du gouvernement représentatif, pénètre par toutes les issues dans la vie civile et politique. Ce n'est plus un instrument propre à certains hommes spéciaux; il s'adresse à toutes les carrières, au négociant, au député, au diplomate, etc., etc. Vous le voyez monter à la tribune comme dans les jours de grandeur décrits par Cicéron [1]; il est dans l'administration, dans les traités de paix, dans les rapports de l'État et du sacerdoce, dans les élections, dans les industries vieilles ou naissantes, etc. Ce siècle, qui discute tout, veut se rendre compte de tout au point de vue du droit, et l'on peut dire aujourd'hui avec autant de raison que du temps où Rome recherchait pour le maniement des affaires des citoyens capables :

---

[1] *De oratore*, I, 40.

« *Neque legum aut juris civilis scientia* » *negligenda est* [1]. » Ne faudra-t-il donc pas que le droit parle à toutes ces vocations empressées autour de lui un langage qui réponde à leurs besoins? n'aura-t-il pas quelques paroles pour leur montrer qu'il ne consiste pas dans certaines formules convenues, ou dans des traditions acceptées de confiance sur la foi des grands écrivains d'autrefois, mais qu'il prend sa base dans les profondeurs de la philosophie [2], son développement dans le développement social, son esprit dans l'esprit des institutions et des mœurs? Voyez d'ailleurs la marche des autres sciences. L'histoire, qui jadis avait oublié le droit, s'en souvient désormais. Le droit ne se souviendra-t-il pas de l'histoire? La philosophie, mieux dirigée par ses habiles maîtres, tient grand compte de l'élément du droit. Le droit ne tiendra-t-il aucun compte de la philosophie? Je ne blâme pas les livres élémentaires; je ne blâme pas les livres de pure pratique. J'estime dans leur mesure Delvincourt et Pigeau; mais tout le droit moderne n'est pas en eux. Tout le droit ancien n'est pas même dans Pothier, un bien autre homme qu'eux. Pour mon compte, je ne consentirai jamais à laisser à l'écart les Cujas, les Montesquieu, les Grotius et les Vico, et je crois que la génération à laquelle je m'adresse est de mon avis. On crie beaucoup contre ce qu'on a coutume d'appeler, à tort ou à raison, l'esprit avocat, et par là on entend l'esprit contentieux, mesquin, formaliste. Essayons donc d'un système d'études qui arrache la jurisprudence à une froide et étroite argumentation, et lui donne pour moyen d'action ces grands leviers qui remuent l'intelligence et l'agitent d'un puissant intérêt. Les légistes ont beaucoup fait autrefois, et même depuis un demi-siècle, pour la noble cause de la civilisation; pour faire beaucoup encore dans l'avenir, l'esprit légiste, s'il ne veut pas rester infidèle à ses destinées, doit s'inspirer de l'esprit nouveau qui vivifie notre société. Nous possédons de belles lois et des codes admirables; j'espère que nous en jouirons longtemps encore, à moins qu'un triste malaise, qui se trahit par les plus malheureux essais de réforme, ne vienne nous les gâter. Embrassons, pour les interpréter, une marche qui satisfasse le besoin d'investigation rationnelle et la curiosité savante d'une époque qui agit, qui raisonne, mais qui, dans ses actes et ses pensées, recherche surtout la plus grande chose de ce monde, le droit : non pas ce droit qui se traduit en petites discussions sur un texte, en petits efforts sur des pointilles, en puériles argumentations sur des thèses en l'air (ce droit-là est décrié autant que le fut à Rome, dans un certain temps, la science des augures); mais le droit qui remonte à la source des lois, qui s'appuie sur la morale et la philosophie, qui s'inspire de l'histoire, qui s'inquiète des antécédents, qui montre à la pratique l'éternel empire du juste, qui se met en équilibre avec les nécessités du commerce et les intérêts publics, etc., ce droit, tout le monde l'aime et le recherche en France; on en comprend l'utilité; on sent qu'il doit entrer dans l'éducation de quiconque se destine à l'administration et à la politique autant qu'au barreau et à la magistrature. On veut le connaître dans ses sources historiques, philosophiques et morales, afin de pouvoir s'en aider comme d'un caducée, non-seulement dans la vie privée, mais encore dans la vie publique à laquelle chacun est aujourd'hui convié. C'est ce droit dont nous avons cherché à être l'interprète, et nous nous sommes dit, au risque de tenir un langage trop superbe :

Si canimus silvas, silvæ sint consule dignæ.

Mais, ces réserves faites, je ne veux pas quitter le sujet des contrats qui ont tant exercé et illustré la plume de Pothier, sans

[1] Cicér., *De oratore*, I, 5.

[2] *Ex intima philosophia.*

rendre hommage à cet éminent jurisconsulte, et sans recommander aux continuelles études des jeunes adeptes et des vétérans de la jurisprudence cette sagesse vraiment antique qui, formée tout à la fois par les théories de la science et par l'expérience du magistrat, est aussi imposante que les oracles de la loi elle-même et les réponses de Papinien.

Il ne manque à cette série de commentaires, pour être complète, que le titre 19 qui s'occupe de l'*expropriation forcée*. Mais qu'aurais-je pu dire là-dessus sans le coordonner avec le Code de procédure civile, et sans y faire entrer toute la série des formalités qui constituent le système de la saisie réelle? Il aurait donc fallu laisser la procédure faire irruption dans le Code civil et y tenir la première et la plus grande place? J'ai reculé devant cet envahissement. Je n'aurais plus commenté le Code; j'aurais expliqué le Code de procédure civile. Chacun doit suivre sa vocation; la mienne m'appelle vers d'autres sujets.

CODE CIVIL.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE XVII.

DU NANTISSEMENT,

DU GAGE ET DE L'ANTICHRÈSE.

DÉCRÉTÉ LE 16 MARS 1804, PROMULGUÉ LE 26 DU MÊME MOIS.

ARTICLE 2071.

Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette.

ARTICLE 2072.

Le nantissement d'une chose mobilière s'appelle *gage*.

Celui d'une chose immobilière s'appelle *antichrèse*.

SOMMAIRE.

1. Notions générales sur le nantissement.
2. Les rapports de société et les rapports d'affaires ne doivent pas se gouverner par les mêmes idées. Nécessité du nantissement. Il n'est pas toujours prudent de prêter à la probité; il vaut quelquefois mieux prêter à la propriété.
3. Le nantissement est surtout nécessaire depuis que les contraintes corporelles ont été corrigées et restreintes.
4. D'ailleurs, le crédit personnel est mobile et variable. Il faut donc y suppléer par des gages réels.
   Des gages mobiliers et des gages immobiliers.
   De l'hypothèque.
5. Dans l'origine du droit romain, le nantissement se faisait sous forme de vente à réméré : de là la fiducie.
6. A côté de la fiducie, il y avait le gage du droit naturel, le *pignus*. Fausse étymologie du mot *pignus* donnée par les jurisconsultes romains.
7. Conséquence du *pignus*.
8. Comparaison du *pignus* avec la fiducie.
9. Suite. Naissance de l'hypothèque.
10. Son rôle chez les Romains.
11. Résumé.
12. Le *pignus* tirait sa force de la possession.
13. De l'action servienne et quasi-servienne, introduite par le préteur.
14. De l'action hypothécaire.
15. Influence des préteurs sur le contrat de gage et d'hypothèque.
16. Des différentes significations du mot *pignus* dans le droit romain.
17. Le contrat de gage se rencontre chez presque toutes les nations.
    Exemple tiré de l'histoire des Juifs.
18. Exemple tiré des Grecs.
    L'antichrèse et l'hypothèque sont d'origine grecque.
19. Du gage dans les lois barbares et au moyen âge.
20. Origine du mot *nantissement*.
21. Son étendue.
22. Origine du mot *gage*.
23. Origine du mot *antichrèse*.
24. Le nantissement est toujours un contrat accessoire.
25. Il est un contrat réel, c'est-à-dire parfait par la chose.
26. Il renferme un double intérêt auquel la tradition a pour but de satisfaire.
27. Suite. Il n'est cependant pas nécessaire que le contrat commence par la tradition.
28. Des promesses de gage.

29. Le créancier contracte l'obligation de rendre la chose quand il est payé. De l'action pigneratice directe.
    Elle est personnelle.
30. De l'action pigneratice contraire. Ce qu'elle comprend.
    Pourquoi elle a été ainsi nommée. Son véritable caractère.
31. Le nantissement est un contrat synallagmatique imparfait.
32. Il est intéressé de part et d'autre.
33. Il est du droit des gens.
34. Distinctions qui séparent le nantissement d'autres contrats réels ou parfaits par la chose, tels que le prêt, le dépôt.
35. En quoi il diffère du cautionnement.
36. Ses rapports avec le contrat d'otage.
37. Suite.
38. Rapports et différences du nantissement et de l'hypothèque.
39. Du nantissement sous forme de vente.
40. Du nantissement conventionnel et du nantissement tacite.
    Dans quels cas il y a nantissement tacite. Exemple tiré du louage.
41. Du gage tacite de l'ouvrier qui a réparé ou amélioré la chose et qui la détient.
42. Du gage tacite du commissionnaire.
43. Du gage tacite de l'aubergiste.
    Du gage tacite de l'ouvrier.
44. Du gage tacite de la douane sur les marchandises mises en entrepôt.
45. Du gage tacite du dépositaire.
46. Le gage tacite se trouve dans la saisie de biens.
47. Du *pignus prætorium* et du *pignus judiciale* des Romains.
48. De la saisie-gagerie.
49. Différence entre les gages conventionnels et les gages tacites.

COMMENTAIRE.

1. Le crédit ne s'en rapporte pas toujours à la foi du débiteur. Nous l'avons vu invoquer à son aide le *cautionnement*, contrat accessoire qui fortifie, par l'obligation d'une tierce personne, l'obligation du débiteur principal; nous l'avons vu rechercher dans la contrainte corporelle des moyens de coaction propres à vaincre la mauvaise volonté du débiteur peu soucieux de sa parole. Le même esprit de précaution a inventé le contrat de nantissement. Quand le crédit se défie de la personne, il prend ses sûretés dans la chose; il donne à la chose une confiance que la personne ne mérite pas toujours. C'est ainsi que le commerce entre les hommes est un mélange continuel de confiance et de défiance, d'abandon et de retenue. Le crédit, quoi qu'en dise l'étymologie grammaticale de son nom, serait une imprudence s'il négligeait les garanties qui rendent les affaires sûres et faciles. « *Vigilantibus jura scripta sunt.* »

2. Dans les rapports de société, on ne saurait trop se défier cependant de cet esprit difficile qui voit l'homme par ses mauvais côtés, et ne prend dans les caractères que la moins bonne part. La bienveillance est un sentiment préférable; en présumant le bien, elle le fait naître; elle force l'homme que l'on suppose bon à être tel, ou à le paraître.

Dans les affaires, il faut une autre règle; l'on serait coupable d'inexpérience si l'on ne prévoyait pas le manque de foi, afin de s'en garantir. Le père de famille diligent doit toujours craindre le mal s'il veut avoir le bien; et, sans porter à l'excès les soupçons et la méfiance, il est bon qu'il se conduise pendant la paix comme s'il devait avoir la guerre. Les contrats de sûreté, tels que le cautionnement, le nantissement, l'hypothèque, sont les places fortes du droit civil. Ils maintiennent l'intégrité du patrimoine du créancier; ils préviennent les pertes fâcheuses qui portent le désordre dans les fortunes.

Si cependant la chose était possible, j'aimerais mieux voir prêter à la *probité* qu'à la *propriété* (pour me servir d'une locution devenue vulgaire), et je tiendrais pour très-heureux un état de société où l'on pourrait, en toute sûreté, faire confiance à l'homme plutôt qu'à la chose. Cette situation pourra peut-être venir un jour, comme la paix universelle, l'unité européenne, et autres belles idées dont se bercent les philanthropes. Mais le temps n'est pas encore arrivé, et nous en sommes encore au point où la société romaine se trouvait du temps de Martial :

[*inquis;*
« *Cum rogo te nummos sine pignore : Non habeo,*
« *Idem, si pro me spondet agellus, habes.*
« *Quod mihi non credis veteri, Thelesine, sodali,*
« *Credis colliculis, arboribusque meis.*
« *Ecce reum Corus te detulit. Adsit agellus.*
« *Exsilii comitem quæris ? agellus eat* [1]. »

Oui! voilà l'infirmité humaine dans sa nudité. Les garanties morales sont si souvent insuffisantes qu'il a fallu faire appel aux garanties de la richesse mobilière et foncière. Aussi le vieux Loisel, qui connaissait le cœur humain aussi bien que la jurisprudence, donnait-il cette règle empreinte d'une haute sagesse :

Pleige plaide, gage rend, et bailler caution est occasion de double procès [2]. Les pleiges et cautions sont des occasions de procès; le

---

[1] XII, *Epigramm.* 25.
[2] III, 7, 4. Voy. aussi IV, 5, 2 : « De foi, fi; de » pleige, plaid; de gage, reconfort; d'argent comp» tant, paix et accord; » et *infrà*, n° 35.

gage seul force le débiteur à payer. C'est pourquoi la loi, qui doit avoir un baume pour chaque blessure, s'est appliquée à organisrr le crédit autant sur lea choses que sur les personnes; c'est un de ses plus grands efforts quo de procurer aux transactions la plus grando sommo do sécurité quc puisse offrir la propriété mobiliére ou immobiliére.

3. Co soin est d'autant plus nécessaire depuis que l'humanité des mœurs a justement cnlevé aua créanciers les rigueurs eaagérées de la contrainte par corps [1]. Nous avons décrit ailleurs ces temps malbeureux où l'hommo répondait sur sa vie ou aur sa liberté do sa fidélité à remplir scs engagements [2]. La foi des contrats avait pour sanction la servitude ou la mort, et l'homme tout entier tombait dans la propriété et sous le joug d'un autre homme par l'effet de sa dette. Ce systéme de garantie matérielle, qui s'adressait avec barbaric au corps de l'homme, n'eaiste plus heureusement, et ce sont les biens du débiteur qui ont pris la place de sa personne. Mais plus la contrainte personnelle a été mitigée et réduite, plus il a fallu donner d'extension et de solidité au crédit qui s'appuie sur la chose; l'engagement des choses est devenu l'un des points les plus délicats, les plus usuels, les plus graves de la jurisprudence. On sait à quel point les esprits sont depuis longtemps préoccupés d'une bonne législation hypothécaire. L'hypothèque, qui n'est autre chose que l'extension du nantissement, est en effet une partie très-difficile de co vaste et important sujet.

4. Nous l'avons dit : le crédit personnel est souvent fragile. La fortune capricieuse, qui donne les riches patrimoines, les enléve dans ses jeux cruels; l'inconduite les dissipe, et l'hommo, opulent alors qn'on lui a prété, se trouve pauvre quand est venu le moment de rendre [3]. De là, pour le créancier, la nécessité de se faire donner des gages réels [4], qui mettent dans sa main des valeurs suffisantes pour assurer son payement au moment convenu. *Tutius est rei incumbere et possidere, quam in personam agere* [5].

Ces valeurs sont de deux sortes : mobiliéres ou immobiliéres [6]. On peut donner en nantissement des meubles; on peut aussi donner des immeubles. L'effet particulier du nantissement est de mettre le créancier on possession effective de la chose. Le nantissement suppose une tradition de la chose; c'est là l'idée première qui s'attache à ce genre d'agissement. Ce n'est que par un perfectionnement ingénieua qu'on est arrivé à l'hypothéque, sorte de nantissement particulicr qui procure touto sécurité au créancier en laissant au débiteur la possession do la chose. Le juriaconsulte Marcianus a dit : *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonua differt* [7]. Cette proposition n'est vraie que dans un sens restreint, c'est-à-dire en tant quo l'hypothèque appartient à la matière drs sûretés réelles, aussi bien que le nantissement. Mais, sous d'autres rapports, l'hypothèque differo d'une maniére profonde du nantissement; elle en différe non-seulement par le nom, mais encore et surtout, parco qu'elle laisse au débitour uno possession que le nantissement lui enlève [8].

5. Dans les antiquités du droit romain, le nantissement affectait les formes de la vente. Espèce do vente à réméré, il se contractait par le tranaport solennel de la propriété entre les mains du créancier, c'est-à-dire par la mancipation *per æs et libram*; et la mancipation était accompagnée d'un contral de fiducie, c'est-à-diro d'une promesse obligatoire et juridique par laquello lo créancier s'engageait à rendre la propriété au débiteur quand ce dernier l'aurait désintéressé [9]. C'est ce que Boèce appello *mancipatio fiduciaria* [10]. La littérature latine offro beaucoup de témoignages qui montrent la fiducie comme un modo très-fréquent do donner un gage au créancier [11]. Saumaise les a recueillis avec diligence [12], mais no les a pas toujours appréciés avec l'exactitude du jurisconsulte. Les compilations de Justinien ont effacé presque toutes les traces de la fiducie [13], il est probable que le développement du *pignus*, de l'antiebrèse et de l'hypothéque, fit peu à peu oublier cette forme romaine do constitution du gage [14]. Issue de ce formulaire sacramentel qui appliquait la solennité de la mancipation à la propriété privilégiée connue sous le nom do *res mancipi*, elle dut s'affaiblir, se dénaturer et se perdre enfin, lorsque la propriété cut rejeté la distinction des ehoses *mancipi* et des choses *nec mancipi*.

6. A côté de la *mancipatio fiduciaria*, c'est-à-

[1] Saumsise, *De modo usurar.*, p. 487.
[2] Voy. notre préfaee de la *Contrainte par corps.*
[3] Saumaise, *De modo usurar.*, p. 488.
[4] Ce mot *réel* est barbare, eomme le dit Saumaise; mais il est expressif. REALE, *ut barbare sed apte loquemur*, p. 527, c. 13.
[5] L. 1, § *qui superficiem*. D., *de superficiebus*.
[6] Saumaise, p. 488.
[7] L. 5, § 1, D., *de pignor. et hypoth.*
[8] Just., Inst., *de action.*, § 7. Saumaise, p. 490.
[9] Caius, II, 59, 60. Paul, *Sent.*, II, 13, §§ 1 et suiv. Verron, *De lingua latina*, VII, 105. Isidore, V. *Origin.*, 25. Noodt, sur le Dig., *de pignerat. act.*; et *Observ.*, II, 7 et 8.
[10] Sur les *Topiq.* de Cicér., IV. Il est eité par tous les auteurs et partieulièrement par Loyseau, *Offices*, II. 3, 31.
[11] Cicér., III, *De officiis*, 17. Loyseau, *Off.*, 2, 3, 32.
[12] *De modo usurar.*, p. 590, 594, 597, 599, 601, 603, 604, 606, 613.
[13] Noodt, *loc. cit.*
[14] Voy. Bonjean, *Des actions*, § 285. Ortolan, p. 205 et 1117. Pellat, *Du droit de gage*, § 209.

dire du gage organisé par le droit civil, il y avait le gage du droit naturel, le *pignus*, qui se contractait sans formalités solennelles et s'opérait par la simple remise de la chose dans les mains du créancier [1]. Le *pignus* ne transférait pas la propriété : le créancier n'avait qu'une possession et un droit de rétention qui cessaient par le payement. C'est à cause de cette appréhension manuelle de la chose engagée que les jurisconsultes romains faisaient dériver le mot *pignus* de *pugnus* : « *Pignus appellatur*, » dit Caius, *a pugna, quia res quæ pignori » dantur manu traduntur* [2]. » Mais cette étymologie est critiquée avec raison par Saumaise [3]. « *Absurdum*, dit-il, *pignus a pugno » deducere, cum pugnus clausam manum si- » gnificet. Unde et pugnus pro ictu, qui clausa » manu incutitur; indè et pugiles appellati.* » On sait que les jurisconsultes romains n'ont pas toujours été heureux dans leurs recherches étymologiques. L'usage du *pignus* paraît très-ancien ; il existait du temps des actions de la loi, car on trouve le mot *pignus* dans l'action de la loi connue sous le nom de *pignoris capio* [4], et le mot fait nécessairement supposer l'existence de la chose.

7. Dans l'origine, le *pignus* ne conférait qu'un simple droit de rétention ; et le créancier ne pouvait vendre la chose mise en gage que lorsque le débiteur lui en avait conféré le droit par le contrat [5]. Par la suite, il passa en jurisprudence que le créancier non payé à l'échéance pourrait, après avoir mis le débiteur en demeure par trois sommations, passer outre à la vente du gage sans avoir besoin de convention spéciale [6].

8. Le *pignus* avait des avantages dont manquait la fiducie. Mais à son tour il avait pour la propriété foncière des inconvénients de plus d'un genre. Il dessaisissait le propriétaire de sa chose ; il en faisait passer la possession dans les mains du créancier ; l'agriculture et le bon ménage de la chose en souffraient. C'est pour se garder de ces inconvénients que la fiducie, usant des moyens que le droit civil mettait à sa disposition, laissait quelquefois la possession et l'usage de la chose au débiteur à titre de louage ou de précaire [7].

9. Cette clause de la fiducie parut si raisonnable et si utile qu'on eut l'idée de l'adapter au *pignus* proprement dit par une combinaison qui, en laissant le débiteur possesseur de l'immeuble, ne ferait qu'assurer au créancier un droit réel dans ce même immeuble. De là l'hypothèque, grave et profonde altération des vieilles doctrines sur la propriété romaine et sur la possession ; l'hypothèque, disons-nous, qui donnait un droit dans la chose d'autrui sans les formes solennelles de la mancipation ; qui semblait dédaigner et mettre en oubli le droit de propriété quiritaire, et qui attribuait à la simple convention des effets que le droit romain n'avait attribués jusqu'alors qu'à la mancipation, ou du moins à la possession [8]. Mais l'hypothèque était si supérieure à la fiducie, et la civilisation grecque en avait éprouvé de si nombreux avantages, qu'il n'était guère possible de lui fermer les accès de la jurisprudence, au nom de scrupules formalistes et étroits. En effet, la fiducie enlevait au débiteur la propriété de la chose pour en investir le créancier sous une condition résolutoire. Au contraire, la combinaison nouvelle ne privait le débiteur ni de la propriété ni de la possession, et toutefois elle investissait le créancier d'une sûreté insuffisante.

10. L'hypothèque entra donc dans la jurisprudence romaine sous son nom grec [9]. Variété du *pignus*, elle différait cependant du *pignus* proprement dit, en ce que le *pignus* était livré au créancier, tandis que la chose hypothéquée restait aux mains du débiteur. « *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem » transit; hypothecam, cum non transit, nec » possessio, ad creditorem* [10]. » L'hypothèque naquit à Rome du temps de la république. Cicéron en fait mention dans sa correspondance [11]. « Præterea, dit-il, Philotes Alabandensis ὑποθήκας Cluvio dedit. Hæ commissæ » sunt; velim cures, ut aut de hypothecis decedat, easque procuratoribus Cluvii tradat, aut » pecuniam solvat. » Cicéron écrivait ces lignes, de la Cilicie, à Thermus, propréteur. Alabanda était une ville de la Carie, province grecque d'Asie. Là habitait Philotès qui s'était engagé par des hypothèques envers Cluvius de Pouzzoles, ami de Cicéron, ou plutôt envers Pompée dont Cluvius n'était que le prête-nom. Car c'était l'habitude des plus notables personnages de Rome de faire l'usure dans les provinces, par le moyen d'intermédiaires. Cicéron recommande donc à Thermus l'affaire de Cluvius et de Pompée ; et comme le terme du payement était arrivé, il le prie de forcer Philotès à délaisser les biens hypothéqués, ou à payer. On voit par là

[1] Loyseau, *loc. cit.*
[2] Caius, l. 238, D., *de verbor signif.*
[3] *De modo usur.*, p. 538.
[4] Caius, IV, 26 et suiv. Cujas, *sur la loi* 238, D., *de verb. signif.*
[5] Caius, II. 64. Javolenus, l. 73, D., *de furtis*. Justin, Instit., *quib. alien licet*, § 1, en rappelant le passage de Caius, ne l'a pas assez nettement coordonné avec le droit des temps plus récents. Bonjean, § 285. Schilling, § 203. Traduction de Pellat.

[6] Ulp., l. 4, D., *de pigner action* ; et l. 6, § 8, D., *com. divid* Marcianus, l. 12, § 10, D., *qui potior.* Scævola, l. 14, § 5, D., *de diversis tempor. præscript.*
[7] Caius, II, § 64.
[8] Niebuhr, t. 2, p. 385, note 806. Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 7.
[9] Loyseau, *Offices*, II, 5, 30.
[10] Ulp., l. 9, § 2, D., *de pign. act.*
[11] XIII, *Ad famil.*, 56. Edit. Panek., t. 20, p. 194.

que l'hypothèque était un moyen de crédit usité dans les prêts par les capitalistes romains. Remarquons toutefois que le fait dont cette lettre de Cicéron nous donne le témoignage se passait dans une province grecque. Mais il n'est pas permis de douter que les spéculateurs de Rome eussent depuis longtemps emprunté à la Grèce et transporté en Italie l'usage de l'hypothèque. Le préteur avait accueilli favorablement cette imitation du droit grec. Étrangère au droit civil de Rome, l'hypothèque devint la protégée du droit honoraire et prétorien [1].

11. Ainsi, l'histoire du droit romain nous offre trois nuances du contrat de nantissement : la fiducie, qui est le contrat solennel et privilégié du droit civil ; le *pignus*, qui est le contrat du droit naturel né du mouvement spontané des intérêts romains ; l'hypothèque, contrat d'origine grecque [2], accueilli par le préteur et soutenu par son édit.

12. Je disais tout à l'heure que, primitivement, le *pignus* ne donnait au créancier qu'un simple droit de rétention ; il faut revenir un instant sur cette idée, afin de bien saisir le progrès du droit romain en cette matière. Comme le *pignus* était l'œuvre du droit naturel, comme il ne reposait que sur le fait d'une tradition manuelle, le créancier perdait toute espèce de droit quand il en perdait la possession, et aucune action du droit civil ne venait au secours d'une situation que le droit civil n'avait pas concouru à former [3]. Combien était plus énergique le droit que la fiducie donnait au créancier, droit de propriété assis sur ce que la forme romaine avait de plus solennel, droit investi des actions les plus efficaces du droit civil [4] !

13. Mais le préteur ne put longtemps souffrir cette inégalité, et il songea à fortifier le *pignus* par des actions protectrices du droit réel. Le premier qui entra dans la voie de cette innovation fut le préteur Servius, que l'on croit antérieur à Cicéron ; et voici à quelle occasion : lorsque le fermier d'un bien rural introduisait dans la ferme des ustensiles aratoires, on stipulait quelquefois qu'ils serviraient de nantissement au propriétaire. Cet usage était ancien, et le vieux Caton en fait la condition de l'adjudication d'une récolte d'olives [5]. Il y avait une autre coutume plus générale et plus fréquente : c'était de stipuler que les fruits de la ferme recueillis par le colon seraient le gage du propriétaire pour le payement de ses fermages [6]. Mais si ces ustensiles et ces fruits étaient déplacés, le propriétaire était sans action pour les remettre sous sa main ; car le droit civil, étranger à la constitution du *pignus*, le laissait sans défense contre le cas de dépossession. Le préteur Servius imagina donc de donner au propriétaire une action prétorienne contre les tiers détenteurs de ces meubles ainsi détournés ou déplacés, et cette action prit le nom d'action servienne, *serviana actio* [7]. Cette innovation ayant été trouvée bonne, les autres préteurs l'étendirent à tous les autres cas de gage, et une action fut attribuée, sous le nom d'action *quasi-servienne*, au créancier gagiste [8].

14. Enfin, le préteur ayant adopté l'hypothèque grecque et ayant donné à la simple convention le privilége énorme et inouï d'affecter la chose [9] sans mancipation, ni tradition, ni possession réelle, la conséquence naturelle fut que l'action quasi-servienne vint servir de sanction à ce droit d'hypothèque. L'action quasi-servienne, aussi appelée action hypothécaire [10], donna au créancier le droit de saisir la chose, de la faire vendre et de la faire payer par préférence.

15. Telle fut la marche suivie par le droit romain pour se dégager des étreintes du droit primitif, pour élargir le cercle des rapports civils, et prendre son point d'appui dans le droit naturel et des gens. Le préteur fut ici, comme presque toujours, le moteur de ces ingénieuses et utiles innovations. Le gage et l'hypothèque lui sont aussi redevables que les autres contrats dont nous avons exposé les principes dans nos précédents commentaires.

16. Avant de mettre fin à ces aperçus jetés sur le droit romain, nous avons une observation à faire à l'égard du *pignus*. Le *pignus* fait le sujet de titres nombreux dans le Digeste et le Code Justinien : *de pigneratitia actione ; de pignorib. et hypothecis ; qui potiores in pignore*, etc., etc. Très-souvent le mot *pignus* y est pris dans un sens large et comme terme générique employé pour désigner *lato sensu* [11] les sûretés réelles données au créancier : sûretés mobilières ou foncières, gage en meubles ou en terres, antichrèse [12] ou hypothèque. Rien n'est plus fréquent que de trouver dans

---

[1] Paul, l. 17, § 2, D., *de pactis*. Et Noodt, *Observ.*, II, 8.

[2] Noodt : *Hypotheca græcæ originis est*, sur le tit. du Dig. *de pign. et hypoth.* Voy. Loyseau, cité dans mon comm. des *Hypoth.*, nos 7 et 8.

[3] Noodt, sur le tit. du Dig. *de pignorib. et hypoth.* Arg. de la loi 17, § 2, D., *de pactis*.

[4] *Ib.*

[5] Caton, *De re rustica*, 146 : « Donicum solu- » tum erit, aut ita satis datum erit, quæ in fundo » illata erunt, pignori sunto. »

[6] L. 4, D., *in quib. causis* Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, no 149. Cujas, sur la loi 4, D., *de pactis*.

[7] Justin., Inst., *de act.*, § 7.

[8] Inst., *loc. cit.* Théophile, sur les Instit., traduction de Frégier, p. 547, nos 7 et 8, l. 28, D., *de pign. act.*, l. 3, 7, 10, 18, 21, § 1, D., *de pignorib.*

[9] Paul, l. 19, D., *de damno infecto*.

[10] L. 3, § 3, D., *ad exhib.* L. 7, § 12, D., *com. divid.* L. 9, D., *quib. modis*. Théophile, *loc. cit.*

[11] Saumaise, p. 492.

[12] Marcianus, l. 33, D., *de pigner. act.*

le langage des jurisconsultes romains ces expressions, *pignori dare prædium*, pour rendre l'idée d'une hypothèque [1]. Mais quand les jurisconsultes romains recherchent les variétés qui distinguent les contrats de sureté reposant sur la chose, ils se servent de locutions plus précises. C'est à l'aide de leurs textes que nous avons montré ci-dessus les différences tranchées qui existent entre la fiducie, le *pignus* proprement dit, et l'hypothèque. Il paraît même, d'après une observation de Caius, que quelques jurisconsultes anciens, recherchant avec une diligence minutieuse la précision dans les choses, avaient donné au mot *pignus* une signification aussi étroite qu'elle est étendue dans les compilations de Tribonien; car ils pensaient que *pignus*, venant de *pugnus*, ne s'appliquait, dans l'exactitude du mot, qu'au gage mobilier : *Unde etiam videri potest verum esse quod quidam putant, pignus propriè rei mobilis constitui* [2]. Je suis très-porté à ne pas mépriser cette conjecture, et à croire que lorsque la propriété foncière était enlacée dans les liens du domaine quiritaire, et que des esprits superstitieux croyaient à la nécessité de la mancipation pour l'aliéner, je suis très-porté à croire, dis-je, que ce ne fut qu'à l'égard des meubles que le *pignus* eut quelque efficacité juridique [3]. Mais lorsque la fiducie eut perdu son crédit, lorsque l'hypothèque eut été acceptée, lorsque l'antichrèse eut pris place dans le droit, alors le mot *pignus* acquit une plus grande extension; il devint un terme générique, et Marcianus put dire avec raison que *pignus* et *hypotheca* ne différaient que par le son [4].

17. Le gage se rencontre chez toutes les nations dont le crédit atteint un certain degré de développement. Les lois de Moïse le montrent chez les Juifs [5]; elles cherchent à lui enlever les rigueurs par lesquelles l'âpreté des créanciers en exagère trop souvent les effets. On ne prendra pas pour gage, dit le législateur des Hébreux, la meule qui écrase le blé ; car celui qui l'offre engage sa propre vie [6]. N'entrez pas dans la maison du débiteur pour en emporter quelque gage; mais attendez dehors que le débiteur vous apporte lui-même ce qui doit faire votre sureté [7]. Si le débiteur est pauvre, que le gage qu'il vous a donné ne passe pas la nuit chez vous. Rendez-le-lui avant le coucher du soleil, afin que, dormant dans son vêtement, il vous bénisse [8].

18. Les Grecs, peuple commerçant et défiant, firent un grand usage du contrat de gage [9]. Le négoce y cherchait des sûretés, soit dans les meubles, soit dans les immeubles [10]. L'hypothèque est d'origine grecque; elle atteste l'esprit ingénieux de ce peuple, plus ami de la simplicité que les Romains. Elle enrichit le droit de Rome par l'importation qu'en firent les Grecs italiotes [11]. L'antichrèse doit être également rapportée à la civilisation grecque.

19. Le gage nous apparaît dans les lois barbares [12] et dans le moyen âge [13]. Quand Joinville part pour la croisade, au milieu de cette exaltation religieuse qui poussait en Orient l'Europe fascinée, il est obligé de mettre en gage la meilleure partie de sa terre, et va chercher à Metz des prêteurs qui lui donnent de l'argent à cette condition [14]. Le mouvement des croisades donna lieu à de nombreux engagements de la propriété foncière, et l'usure, garantie par le nantissement, ne ménagea pas ces pieux et braves chevaliers qui sacrifiaient les intérêts terrestres à la cause du Christ. L'histoire atteste aussi que les établissements religieux ne furent pas les moins empressés à faire l'usure en prêtant sur gage immobilier [15]. Les cartulaires de l'ancien régime sont remplis de contrats d'engagements passés par les seigneurs, les princes, les grands propriétaires, pressés par le besoin d'argent, à des époques où le numéraire était rare et où les nécessités étaient urgentes. La propriété foncière, quoique longtemps accablée du poids de ces engagements, n'en reçut pas moins un certain mouvement, qui fit place à sa trop grande inertie [16].

20. Le mot *nantissement* vient du saxon *nam*, qui signifie saisie d'un gage [17]; de là ces vieilles expressions françaises, *nampt*, ou *nans*, comme synonyme de gage [18], et *enlever le nampt*, *délivrer le nampt*, pour dire : saisir un gage, délivrer un gage. Dans la coutume de Normandie, *nampt* [19] désigne les meubles et bestiaux pris par exécution et placés comme gage sous la main du créancier. Les meubles sont *mort namps*, les bestiaux

[1] Marcianus, l. 12, D., *qui potior*. Papin., l. 2, D., *de pign. et hypoth.*
[2] L. 238, D., *de verb. signif.*
[3] Cujas est aussi de cet avis sur la loi 238, D., *de verb. signif.*
[4] L. 5, § 1, D., *de pignorib.*
[5] Deut., 24.
[6] *Id*, 24, § 6.
[7] *Id.*, §§ 10 et 11. *Infrà*, n° 46.
[8] *Id.*, §§ 12 et 13.
[9] Saumaise, p. 503, 506, 556, 560.
[10] *Id.*, p. 503 et 506.
[11] *Id.*, p. 580.
[12] Loi des Lombards, lib. 2, tit. 21, § 1.
[13] Voy. Ducange, v° *Vadium*, *Wadium*, *Guadius*, *Guadia* et *Pignus*. Voy. aussi la *Préface* de ce commentaire.
[14] N° 62, p. 197, édition de Poujoulat. *Infrà*, n° 503.
[15] Ducange, v° *Pignus mortuum*. *Infrà*, n° 501. Voy. la *Préface*.
[16] *Infrà*, n° 504, et la *Préface*.
[17] Ducange, *Namium et nantissamentum*, « ex « saxonico *nam*, pignoris ablatio. »
[18] Voy. ces mots dans Carpentier. *Junge* Bouteiller, *Somme rurale*, liv. 1, ch. 102.
[19] Anc. cout., ch. 7, et nouv. cout., art. 63.

sont *vif namps*. C'est de ce mot nampt que la langue française a formé *nantir*, *nantissement*. Quelques grammairiens font dériver le mot *nantir* de *nancisci*, ou du grec moderne. Mais je crois, avec Ducange, que l'étymologie saxonne est seule certaine.

21. Nantir et nantissement sont des termes génériques en cette matière. Ils ont la même étendue que le mot *pignus* avait en droit romain, alors que *pignus* avait acquis la signification si large dont nous parlions au n° 16. L'article 2071 en donne une définition qui correspond à cette idée. « Le nantissement, » dit-il, est un contrat par lequel un débiteur » remet une chose à son créancier pour sûreté » de la dette. » Il suit de là que, soit que la chose soit un meuble, soit qu'elle soit un immeuble, le contrat peut toujours prendre le nom du nantissement; car, nous le répétons, tel est le terme générique.

Mais la langue du droit moderne eût été stérile si elle n'avait eu à sa disposition une dénomination spéciale pour désigner le nantissement d'une chose immobilière. Le premier s'appelle gage, le second s'appelle antichrèse [1]. Ce sont les espèces du genre.

22. Le mot *gage* est d'origine teutonique [2], *wadium*, *guadium* [3]. Il se prend tantôt pour le contrat de nantissement d'un meuble, tantôt pour le meuble lui-même donné en gage [4]. Il a même assez ordinairement une signification moins restreinte que la signification légale que lui donne notre article ; car il n'est pas rare de le voir employer pour désigner toute sûreté quelconque, même le nantissement d'un immeuble, même l'hypothèque. La langue vulgaire a des licences que la langue scientifique ne peut pas toujours arrêter. Ce sont même les jurisconsultes, il faut le reconnaître, qui ont été les premiers à se prêter à cette extension. Par exemple, ils ont longtemps donné le nom de *mort gage* au contrat pignoratif, à cause que les fruits en sont en pure perte pour le débiteur, à la différence du vif gage dont les fruits sont comptés en extinction de la dette [5]. C'est également avec cette *extension*, plus populaire que légale, que l'article 2093 dit que *les biens du débiteur sont le* GAGE *commun de ses créanciers*. Enfin, les lois domaniales, d'accord avec l'ancienne langue du droit, ont appelé *engagements* des contrats jadis très-fréquents, qui touchaient par les rapports les plus étroits aux nantissements d'immeubles [6].

23. L'antichrèse, qui est le nantissement d'un immeuble d'après le Code civil [7], a conservé le nom grec sous lequel elle passa dans la jurisprudence romaine. L'antichrèse, sans être tombée en désuétude, tant s'en faut, est cependant moins fréquente qu'autrefois. L'hypothèque l'a vaincue, car le droit hypothécaire est à la fois plus stable et plus commode [8]. D'ailleurs, les prohibitions du droit canonique avaient empêché l'antichrèse de pénétrer dans les habitudes populaires. Nous en traiterons aux articles 2085 et suivants.

24. Le nantissement est un contrat accessoire : *pour sûreté de la dette*, dit l'article 2071. Il y a donc une dette antérieure à laquelle vient s'adjoindre le nantissement, afin de procurer au créancier la sûreté du principal [9]. Sous ce rapport, il appartient au même ordre d'idées que le cautionnement [10]. On ne saurait comprendre le nantissement sans un contrat principal dont il est la garantie. Si le débiteur n'était pas lié à un engagement préexistant dont le créancier veut augmenter les garanties, le nantissement manquerait de cause.

Cette dette principale que le nantissement vient fortifier peut procéder de quelque contrat que ce soit, pourvu qu'il soit valable. On ne donne pas seulement des gages pour garantir des prêts d'argent; on en donne pour des ventes, des locations, etc., etc. [11]; on en donne pour des obligations pures et simples, ou pour des obligations conditionnelles, ou à terme [12] ; pour des obligations civiles et pour des obligations naturelles [13]. En un mot, le nantissement peut être donné *pro quacumque obligatione* [14] et pour toutes les transactions qu'embrasse le commerce. Je crois inutile d'insister plus longtemps sur ce point; je ne pourrais que répéter ici ce que j'ai exposé avec plus de détail dans le titre du *Cautionnement*, dont les principes sont les mêmes que ceux que nous rappelons ici [15].

25. Le nantissement est un contrat réel ou parfait par la chose [16]. A ce point de vue, il appartient à la famille du prêt et du dépôt. Comme ces deux contrats, il exige la tradition, la remise de la chose; c'est ce que l'article 2071 exprime en disant : « Le nantissement est un

---

[1] Art. 2072.
[2] Brodeau *sur Paris*, t. 8. *Préface*, n° 4.
[3] Ducange, v° *Vadium*, *Wadium*.
[4] Ducange, *loc. cit.*
[5] Loyseau. *Offices*, tt. 3, 35, 36 Loisel, liv. 3, tit 7, nos 1 et 2. *Infrà*, n° 503.
[6] *Infrà*, n° 504.
[7] *Id.*
[8] Voy. *Infrà*, nos 38. 534 et suiv.
[9] Marcianus, l. 5, D., *de pignorib.*, et l. 5, § 2; Voy. aussi l. 2, C., *si pignus conv. num. pecun.*
[10] Voy. mon comm. du *Cautionnement*, nos 46 et suiv.
[11] Marcianus, l. 5, D., *de pignorib. et hypoth.*
[12] *Id.*
[13] *Id.* Voy. mon comm. du *Cautionnement*, n° 53.
[14] Marcianus, *loc. cit.*
[15] Nos 46, 50, 53.
[16] Caius, l. 1, § 6, D., *de oblig. et act.* L. ult., C., *de traditione pignor.* Just., Inst., *quib. modis re cont.*, § 4.

» contrat par lequel un débiteur remet une » chose à son créancier, etc., etc. »

La tradition est donc une condition essentielle du nantissement. Et par là notre contrat se distingue éminemment de l'hypothèque, dont le propre est de laisser le débiteur en possession de la chose.

Je trouve cependant dans les Pandectes ce passage d'Ulpien qui paraît en opposition avec notre proposition : « Pignus contrahitur non » solum traditione, sed etiam nuda conven» tione, etsi traditum non est [1]. » Mais une simple observation suffit pour éclaireir le doute né de ce fragment. Ulpien prend ici le mot *pignus* dans le sens large qui s'étend jusqu'à l'hypothèque, et c'est l'hypothèque seule qu'il a en vue lorsqu'il parle de la nue convention [2]; quant au *pignus* proprement dit, il est certain que dans le droit romain, comme dans le droit français, la tradition était nécessaire pour sa perfection [3].

26. En effet, le double intérêt que le nantissement a pour objet de satisfaire a besoin de la tradition effective de la chose; il en fait une loi de ce contrat. Quel est l'intérêt du créancier? c'est de se procurer une sauvegarde : *quo magis ei in tuto sit creditum* [4]. Mais combien serait fragile et illusoire la garantie offerte dans un meuble, si le créancier n'en avait pas la possession! Quelle sûreté offrirait l'antichrèse si le créancier n'était pas mis en jouissance effective de l'immeuble? D'un autre côté, quel est l'intérêt du débiteur en offrant un nantissement? c'est de trouver du crédit : *quo magis ei pecunia credatur* [5]. Mais s'il ne se dépouillait pas de la possession de la chose, le crédit hésiterait; la confiance lui ferait défaut, et le contrat manquerait le but qu'il veut atteindre.

27. Il faut donc que la tradition investisse le créancier et le mette en possession. Ce n'est pas à dire pour cela que le contrat doit commencer par la tradition [6]. Avant tout, il faut que le consentement intervienne, et que ce consentement soit revêtu de toutes les conditions nécessaires pour sa validité. Mais une fois le consentement donné réciproquement, le nantissement n'arrive à sa perfection que par la tradition de la chose convenue.

28. Il y a plus : le droit ne repousse pas la promesse du nantissement. Toutes les fois qu'une convention licite a été faite, la bonne foi en exige l'accomplissement. Le débiteur qui a promis un gage est tenu de le livrer [7]; remarquons cependant que son obligation ne procède pas d'un contrat de nantissement proprement dit. La promesse de nantissement est un contrat sans nom qu'il ne faut pas confondre avec le nantissement effectué [8].

29. Du principe que le nantissement s'accomplit par la tradition, il résulte que l'obligation principale produite par le contrat de nantissement est de rendre la chose en cas de payement, obligation qui incombe au créancier et qu'il contracte par la réception de la chose [9]. De là l'action appelée en droit romain *pigneratitia actio*, qui était accordée au débiteur contre le créancier, et qu'on appelait *directa* parce qu'elle découlait directement et immédiatement de la remise de la chose, qui ayant été purgée, devait être rendue [10]. L'action *pigneratitia* était personnelle [11]; elle n'avait rien de réel, et il ne faut pas la confondre avec les actions réelles qui procédaient du gage en faveur du créancier, telles que l'action servienne et l'action quasi-servienne [12]. C'est aussi une action personnelle que celle que l'article 2082 du Code civil ouvre au débiteur qui a payé, pour exiger du créancier la restitution de la chose livrée en gage. Elle tend à l'accomplissement d'une obligation.

30. Réciproquement, la bonne foi a fait établir une action pigneratice contraire [13], dans l'intérêt du créancier. Si le débiteur ne tient pas ce qu'il a promis, si par exemple, ayant affirmé que la marchandise qu'il donne en gage sous balle et sous cordes est de telle espèce, tandis qu'en réalité elle est de telle autre moins avantageuse au créancier, celui-ci a l'action pigneratice contraire pour quo force reste à la convention, ou qu'il soit pleinement indemnisé [14]. Il en est de même si le débiteur trouble le créancier dans sa possession [15], ou si le créancier a été obligé de faire des dépenses pour la conservation de la chose mise en gage [16].

Cette action est appelée *contraire* parce qu'elle ne sort pas précisément du contrat dont le but direct est d'engager le créancier; elle n'est pas expresse, elle n'est que tacite et incidente [17]. Elle naît de la bonne foi, qui

[1] L. 1, D., *de pignerat. act.*
[2] Favre, *Rationalia*, sur cette loi.
[3] Caius et Inst., *loc. cit.*
[4] Justin., Instit., *quib. modis re*, § 4.
[5] *Id.*
[6] Etsi enim pignus traditione proprie constituitur, non tamen ita accipi debet, ut incipiat pignus a traditione. Inutilis siquidem traditio est, nisi præcesserit consensus de re obliganda (Favre, *Ration.*, sur la loi 1, § 1, D., *de pignor. act.*).
[7] Arg. de la loi 1, § 1, D., *de pign. act.* (Ulpien).
[8] Pothier, *Nantissement*, 9.
[9] Caius, l. 1, § 6, D., *de oblig. et act.*
[10] Ulp., l. 9, § 3, D., *de pignerat. act.* Marcianus, l. 33, D., *de pignerat. act.* Noodt, sur le titre *de pignerat. act.*
[11] Favre, sur la loi 1, D., *de pignerat. act.*
[12] L. 17, D., *de pignorib.* (Ulp.). Instit. de Just., *de act.*, § 7. *Suprà*, n° 14.
[13] Ulp., l. 1, § 2, D., *de pignerat. act.* Pomp., l. 3, D., *eod. tit.* Paul, l. 16, § 1, D., *de pign. act.*
[14] Ulp., l. 1, § 2, D., *de pign. act.*
[15] Pomponius, *loc. cit.*
[16] Pomponius, l. 8, D., *de pign. act. Infrà*, n° 539.
[17] Mon comm. du *Dépôt*, n°s 187 et 192.

veut que si le créancier est tenu rigoureusement envers le débiteur, celui-ci ne soit pas libre de se jouer de ses promesses, ou de constituer en perte le créancier [1].

31. On voit par là que le nantissement appartient à la classe des contrats synallagmatiques imparfaits. Justinien a cependant eu raison de dire : ***Pignus utriusque gratia constituitur*** [2]. Car le gage est dans l'intérêt du débiteur à qui il fait trouver de l'argent, et dans l'intérêt du créancier à qui il permet d'en prêter avec sûreté; néanmoins, les choses y sont combinées de manière qu'il ne renferme qu'une seule obligation principale et dominante, celle de rendre la chose lorsque le payement a été effectué. Les autres obligations ne sont qu'accessoires et tacites; elles ne jouent pas un rôle assez éminent pour faire du contrat de nantissement un contrat parfaitement synallagmatique, tel que la vente et le louage. On verra même, par l'article 2087, que le créancier peut se décharger des obligations que lui impose le nantissement, sans que pour cela le débiteur soit dégagé de la dette principale [3]. Nous le mettons donc, avec Pothier [4], dans la classe des contrats synallagmatiques imparfaits [5].

32. Le contrat de nantissement est intéressé de part et d'autre [6]. Ce n'est pas le bienfait qui préside à sa formation. L'intérêt est le mobile des parties. Mais cet intérêt qu'on a quelquefois reproché à ce contrat, cet intérêt qui préfère les sûretés réelles aux garanties morales, n'a rien qui ne soit approuvé par la bonne foi; le commerce en retire de grands avantages. Cicéron, d'accord avec le grand pontife Q. Scævola, mettait le nantissement au nombre de ces actes principaux de la vie civile, dont la bonne foi est l'élément [7].

33. Aussi le nantissement repose-t-il sur le droit naturel et sur le droit des gens [8]. C'est à l'équité qu'il emprunte ses règles essentielles; et bien que le formalisme juridique s'en soit emparé en certains points, et notamment en ce qui a trait à la preuve [9], il n'en est pas moins un de ces contrats qui sont répandus chez tous les peuples, qui partout sont nécessaires à la vie civile [10], et qui s'interprètent en tous lieux par des principes communs de justice et de morale [11].

34. Pour distinguer le nantissement des autres contrats réels, ou parfaits par la chose, il suffit de faire attention au but qu'il se propose. Sa fin, suivant l'article 2071, est de procurer au créancier la sûreté de la dette. Il suit de là qu'il n'a rien de commun avec le prêt, qui a été établi, non dans l'intérêt du créancier, mais dans l'intérêt du débiteur; ni avec le dépôt [12], qui n'est nullement destiné à donner une sûreté au dépositaire, et qui, au contraire, le grève d'une charge sans compensation pour lui. D'ailleurs, le prêt et le dépôt ne sont pas des contrats accessoires, et sous ce rapport ils se séparent du nantissement par une énorme différence.

35. Le gage n'a pas non plus de conformité avec le cautionnement. Comme contrat de sûreté et comme contrat accessoire, il s'en rapproche cependant [13]. Mais il en diffère en ce que le gage fait porter la sûreté sur la chose, tandis que le cautionnement la place dans la foi du fidéjusseur. Et comme l'expérience prouve cette vérité du droit romain : ***Plus est cautionis in re quam in persona*** [14], nos praticiens ont eu raison de populariser ce vieux proverbe judiciaire : ***Mieux vaut gaige en arche*** [15] ***que pleige en place*** [16]. D'ailleurs, comme nous le disions ci-dessus avec Loisel : ***Pleige plaide et gage rend*** [17]. Rien n'exprime mieux la différence des deux contrats [18].

C'est à cause de cette différence que nous avons décidé, dans notre commentaire du *Cautionnement*, que celui qui s'est engagé à donner une caution ne peut être admis à se libérer malgré le créancier en donnant des gages, et réciproquement [19].

36. L'otage a plus de rapport avec le nantissement qu'avec le cautionnement [20]. L'otage est le nantissement des traités de paix [21]. C'est un reste du gage de la personne, si usité dans les temps barbares; dépravation déplorable du droit naturel, dont nous avons décrit les phases dans notre préface du commentaire de la *Contrainte par corps*. Toutefois, dans les traités de peuple civilisé à peuple civilisé, l'otage n'a plus les caractères d'inhumanité qui

---

[1] Noodt, *loc. cit.*
[2] Instit., *quib. mod. re constit.*, § 4.
[3] *Infrà*, n° 545.
[4] N° 14.
[5] Voy. mon comm. du *Prêt*, n° 7. *Infrà*, n° 545, et art. 2087.
[6] *Suprà*, n° 31, le passage des Instit. Pothier, n° 15.
[7] III. *De officiis*, 17.
[8] Pothier, n° 17. Voet, *Ad Pandect. de pigner. act.*, n° 2.
[9] Art. 2074.
[10] *Quibus vitæ societas continetur*, Cicér., III, *De officiis*, 17.
[11] Cicér., *loc. cit.* : « Q. Scævola fidei nomen » existimabat manare latissime, idque versari in » fiduciis. »
[12] Mon comm. des *Hypothèques*, t. 1, n° 172.
[13] Mon comm. du *Cautionnement*, n° 38.
[14] *Id.*, n° 1.
[15] *In arca*, en coffre.
[16] Delaurière, sur Loisel, III, 7, 4.
[17] N° 2.
[18] Voy. mon comm. du *Cautionnement*, n°s 27, 38, 39.
[19] N° 202.
[20] Mon comm. du *Cautionnement*, n° 45. Voyez Hering, 18, 150, 10, 280.
[21] Grotius, III, 20, 52.

ont si souvent souillé, dans les rapports privés, le gage de la personne. Sans doute, il y a toujours sur la personne de l'otage un *jus pignoris* [1] qui permet de la garder, de la retenir; mais on n'a pas le droit de la torturer, de la contraindre à des travaux serviles, de la mettre à mort. Il est vrai que dans des temps plus reculés on croyait que l'otage pouvait être mis à mort [2]. Aujourd'hui, et même depuis longtemps, ce droit de vie et de mort paraît proscrit du droit des gens [3], et les exemples qu'on pourrait citer pour l'autoriser remontent à une époque où les mœurs étaient farouches et où le sang de l'homme était méprisé. Je répète que l'otage n'est pas un esclave; il est libre; il peut posséder des biens [4].

Le contrat d'otage est toutefois odieux; car l'engagement de la liberté n'est jamais favorable [5]. Sous ce rapport, il diffère du gage de la chose, et, comme le dit Grotius: *Neque enim æquale est odium; res enim natæ sont ut teneantur, non et homines* [6].

Sous un autre rapport, le contrat d'otage diffère du nantissement; car le gage aboutit à la vente de la chose. La personne ne saurait être soumise à une vente; celui à qui elle a été donnée ne peut que la retenir.

37. L'otage, qui aujourd'hui n'est pratiqué que dans les conventions de nation à nation, avait lieu jadis dans les contrats du droit civil [7]. L'engagement corporel s'éloigne de plus en plus de nos mœurs; la liberté s'oppose à ce trafic de la personne. C'est l'office des biens de répondre pour les engagements; ce n'est pas l'office du corps de l'homme de subir cette dégradation qui l'assimile à la chose.

38. Nous avons bien des fois fait ressortir la différence du gage et de l'hypothèque [8]. Nous n'y reviendrons pas. Nous verrons d'ailleurs, quand nous traiterons de l'antichrèse qui est le nantissement des immeubles, combien l'antichrèse, qui n'engendre pas de droit réel [9] et ne donne au créancier que la faculté de percevoir les fruits par ses mains, est éloignée de l'hypothèque, qui engendre le droit réel et toutes les conséquences qui en découlent dans l'intérêt du crédit. Nous nous bornerons à dire ici que le titre du Code civil que nous analysons, se tenant à cette différence, n'a jamais eu vue l'hypothèque quand il traite du gage. En cela, il a plus de précision que les livres du droit romain, lesquels unissent, par une confusion souvent nuisible à la clarté, le nantissement et l'hypothèque. Nous avons même dit que la confusion va jusqu'à se servir du même mot (*pignus*) pour désigner deux choses qui ont des caractères si divers. Nous aimons mieux l'ordre et la méthode de notre Code civil.

On s'est demandé si le gage mobilier offre plus de sûreté que l'hypothèque [10].

D'une part, l'hypothèque n'est pas exempte de périls; le créancier peut avoir mal pris ses précautions, et, contre ses espérances, l'inscription d'un autre créancier peut le primer et lui enlever ses droits. Nous avons énuméré, dans la préface de notre commentaire des *Hypothèques*, les dangers dont le prêt hypothécaire peut être accompagné.

D'autre part, on peut dire en faveur de l'hypothèque : Les choses mobilières peuvent être volées; elles sont sujettes à dépérissement. Le créancier qui les détient est obligé à une exacte diligence pour les conserver. Au contraire, les fonds de terre et les biens immeubles ne périssent pas [11].

Ce qui est certain, c'est que ces contrats ont chacun leur mérite et leur utilité, et que l'un ne saurait remplacer l'autre.

39. Quelquefois le nantissement affecte les formes extérieures d'un contrat de vente. Pour donner plus d'efficacité au nantissement, les parties lui donnent l'apparence d'une vente de la chose. C'est au juge à examiner les faits et à voir si, sous cette écorce extérieure, ce n'est pas une garantie qui est donnée à un créancier et non une vente qui est passée à un acheteur. On peut consulter, pour servir d'exemple à ce sujet, un arrêt de la cour de Bourges du 14 juin 1844 [12].

Ce sont surtout les nantissements de créances qui se font sous forme de vente; nous en verrons des exemples dans notre commentaire de l'article 2075.

40. Le titre du Code civil que nous analysons ne s'occupe que du nantissement conventionnel. Mais le nantissement peut se trouver mêlé tacitement à une foule d'agissements.

On le rencontre, par exemple, dans le contrat de louage. Les fruits de la récolte et les meubles et ustensiles qui garnissent la maison louée ou la ferme sont un gage tacite, inhérent au contrat de louage, et donnent au locateur le droit d'être payé par privilége sur le prix de ces choses [13]. C'est comme gage tacite que le droit du propriétaire locateur est considéré par les lois romaines. *Eo jure utimur*, dit Neratius, *ut quæ in prædia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit* [14]. En effet, cette manière de voir

[1] Grotius, III, nos 54 et 56.
[2] *Id.*, no 53.
[3] Hering, *De fidej*, XX, 70, 71.
[4] Grotius, *loc. cit.*, no 53.
[5] *Id.*, nos 55, 59.
[6] No 59.
[7] Mon comm. du *Cautionnement*, no 45.
[8] *Suprà*, nos 4, 9.
[9] *Infrà*, nos 534, 535, 536.
[10] Saumaise, p. 497 et 498.
[11] *Id.*, p. 477 *in fine* et 498.
[12] Devill., 45, 2, 633.
[13] Art. 2102, C. civ.
[14] L. 4, D., *in quib. causis pignus tacite conv.*

n'a rien de forcé [1]. Les objets en question garnissent les lieux appartenant au propriétaire; ce dernier les détient en quelque sorte en détenant et possédant les lieux qui les renferment [2].

41. C'est encore un gage tacite que celui de l'ouvrier qui, n'étant pas payé de sa main-d'œuvre, détient la chose par lui confectionnée ou améliorée [3]. Il a un droit de rétention [4] qu'il puise dans la possession. Il est, à cet égard, dans la même position que s'il avait stipulé un gage proprement dit.

42. Le commissionnaire a également un gage tacite dans les choses qui lui ont été confiées et pour lesquelles il a fait des avances [5].

43. Nous en lisons autant de l'aubergiste : il est censé avoir en gage les effets de celui qu'il loge [6].

Le voiturier a aussi un gage tacite sur la chose voiturée. « *Merces*, dit Cujas, *pro vectura tacite pignoratæ sunt* [7]. »

44. Les marchandises mises en entrepôt servent de gage tacite à la régie pour le payement des droits de douane [8].

45. Quand le dépositaire est créancier pour pertes à lui occasionnées par le dépôt, il a le droit de retenir la chose déposée par une sorte de gage tacite [9], qui, sous ce rapport, a de l'analogie avec le gage conventionnel; car, de même que le gage conventionnel engendre le droit de rétention, de même le gage tacite du dépositaire lui procure cet avantage. Mais là s'arrête l'analogie, et le dépositaire n'a pas de privilége, quoique le créancier gagiste en ait un [10].

46. On trouve le gage tacite dans la saisie judiciaire des biens. Cette saisie, qui se fait malgré le débiteur et place sa chose sous main de justice, opère un gage forcé, *pignus coactivum*. La justice entre dans la maison du débiteur, elle prend et gage ses meubles, et, après l'en avoir dessaisi, après en avoir fait un gage de justice [11], elle en exige la vente pour payer le créancier [12]. La civilisation a organisé ce gage de manière à ménager le débiteur, à empêcher les voies violentes et les rigueurs trop sévères. Il y a des précautions prises pour que le débiteur ne soit pas traité *amare* et *acerbe* [13]. En cela, la loi humaine ne fait que se conformer aux préceptes des livres saints, et en particulier du Deutéronome [14], qui défendaient au créancier de saisir de sa propre autorité les meubles du débiteur.

47. Dans le droit romain, le *pignus prætorium* et le *pignus judiciale* correspondaient à nos saisies [15]. Le mot *pignus*, employé pour les dénommer, indique assez l'idée de gage que les Romains y attachaient comme nous. Quand le créancier avait été mis en possession des biens du débiteur par l'effet de la procédure *bonorum proscriptio*, que nous avons décrite dans la préface de notre commentaire de la *Contrainte par corps* [16], cette mise en possession par ordre du préteur constituait le *prætorium pignus* [17], qui conduisait ensuite à la vente *sub hasta*. C'était aussi un *prætorium pignus* que la saisie que le magistrat faisait faire, par la *pignoris capio* [18], de certains biens du débiteur condamné, afin de procurer l'exécution de la sentence [19].

48. La saisie faite sur les meubles du locataire pour le payement des loyers s'appelle *saisie-gagerie*, ou simplement *gagerie* (*pignoratio, impedimentum*) [20], parce que ces meubles sont censés être le gage spécial de la dette [21], ou, comme dit Bouteiller, *le gage du louage* [22]. La gagerie diffère de la saisie-exécution en ce que les meubles saisis restent entre les mains de la personne à laquelle ils appartiennent, laquelle ne les détient plus qu'à titre de dépositaire [23].

49. Nous terminons par une observation sur ce que nous venons de dire des gages tacites et forcés. Sous beaucoup de rapports, ils diffèrent du gage conventionnel. Comment, par exemple, appliquer tous les principes du gage conventionnel au *pignus coactivum* établi contre la volonté du débiteur [24]? Il ne faudrait pas non plus donner au gage tacite tous les effets

---

[1] Mon comm. des *Priviléges et hypothèques*, t. 1, n° 170. Voy. art. 161, cout. de Paris, avec le comm. de Brodeau.

[2] Voy. sur cette matière mon comm. des *Priviléges et hypothèques*, t. 1, n°s 149 et suiv. Bouteiller, *Somme rurale*, n° 2, tit. 20.

[3] Mon comm. des *Priviléges et hypothèques*, t. 1, n°s 170, 176 et 177.

[4] *Id.*, n°s 257 (*bis*), 259.

[5] *Id.*, 50, 170.

[6] *Id.*, n° 201.

[7] Mon comm. des *Hypoth.*, n° 207.

[8] L. du 8 floréal an XI.

[9] Art. 1948, C. civ. Mon comm. des *Hypoth.*, n° 257, et mon comm. du *Dépôt*, n° 193.

[10] Mon comm. des *Priviléges et hypothèques*, t. 1, n° 257. Mon comm. du *Dépôt*, n° 193.

[11] Ferrière sur Paris, t. 8. *Préface*, n°s 2 et 3.

[12] Brodeau sur Paris, t. 8; il cite Démosthène.

[13] Brodeau sur Paris, t. 8; il cite Démosthène.

[14] *Suprà*, n° 17.

[15] Mon comm. des *Hypothèques*, t. 2, n° 435 (*bis*). Bonjean, § 285, t. 2, p. 176.

[16] P. XLII et suiv.

[17] Bonjean, *loc. cit.*

[18] Aulu-Gelle, VII, 10.

[19] Bonjean, *loc. cit.* Ortolan, t. 2, p. 1091 et 1092. Cicér., Philip., 1, 5; *De oratore*, III, 1. Tite-Live, III, 38. Tacite, XIII, Annal., 28. Instit., *de satisd. testor.*, § 3. Ulp., l. 26, § 1, D., *de pign. act.*

[20] Brodeau sur Paris, t. 8.

[21] *Id.*; et Coquille sur Nivernais, ch. 32.

[22] *Somme rurale*, liv. 1, tit. 102.

[23] Art. 821, C. proc. Merlin, *Répert.*, v° *Saisie-gagerie*.

[24] Brodeau sur Paris, t. 8. Préface de son commentaire et de ce titre, n° 2.

du gage conventionnel. Par exemple, le gage tacite du dépositaire n'entraîne pas de privilége comme le gage conventionnel [1]. La plupart de ces gages tacites ne sont que des gages imparfaits. C'est par assimilation qu'on les appelle gages. *Pignora esse creduntur* [2]. *Tacite intelliguntur pignori esse domino* [3]. *Veluti pignoris titulo obligantur* [4]. Ces manières de parler font comprendre qu'il ne faut pas indistinctement appliquer au gage tacite ce qui est vrai pour le gage conventionnel, qu'il y a des distinctions à faire, des réserves à garder, et qu'on ne peut pas toujours dire : *Eadem vis est taciti ac expressi.*

[1] *Suprà*, n° 45.
[2] Neratius, l. 4, D., *in quib. causis pign.*, en parlant du gage, *in invectis et illatis.*
[3] Pomponius, l. 8, D., *loc. cit.*
[4] L. 1, 3, 7, C., même titre.

CHAPITRE PREMIER.

DU GAGE.

Article 2073.

Le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilége et préférence aux autres créanciers.

Article 2074.

Ce privilége n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public, ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure.

La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de cent cinquante francs.

SOMMAIRE.

50. Du gage mobilier.
51. Des choses qu'on peut donner en gage.
52. De certains cas où le gage comprend des choses qui ne sont pas dans le commerce.
53. Du gage des esclaves chez les Romains. On trouve encore aux colonies de fréquents exemples de nantissements de noirs.
54. Toutes les choses matérielles peuvent être données en nantissement.
55. On peut aussi donner de l'argent comptant.
56. On peut engager des choses incorporelles.
57. On ne peut engager les choses dont on n'a pas la disposition.
Du gage des choses sacrées.
58. Du gage des joyaux de la couronne.
59. Du gage de la chose d'autrui.
60. Développements à ce sujet et distinctions.
61. Du cas où le débiteur engage une chose qu'il croit sienne. Le créancier a l'action contraire contre lui.
62. Du cas où le débiteur savait que le gage ne lui appartenait pas. Ce gage est-il destitué d'effets?
63. Suite.
64. Suite.
Le créancier a l'action pignoratice contraire.
Le débiteur a l'action directe pour recouvrer la chose s'il paye.
65. Du cas où le créancier sait que la chose engagée est à autrui.
66. Du droit du propriétaire dont la chose a été engagée par un autre que par lui.
1er cas. A-t-il donné son adhésion?
67. Ou sa ratification?
68. *Quid* s'il n'y a ni adhésion ni ratification?
69. Suite.
70. Le vrai propriétaire a-t-il action contre le créancier qui a reçu la chose en gage de bonne foi?
Exemples.
71. Suite.
72. Art. 2279 du Code civil.
73. Suite. Preuves du principe : En fait de meubles, la possession vaut titre.
74. Suite.
Obstacle à la revendication.
75. C'est surtout en matière de commerce que la revendication serait dangereuse.
Exemples.
76. Autorité de Casaregis invoquée.
77. Suite de la jurisprudence italienne.
78. Critique d'un arrêt rendu contrairement à ces principes par la cour de cassation de Belgique.
Nouvelles raisons pour repousser la revendication.
79. Suite.
80. Suite.
81. Suite et conclusion.
82. On peut donner en gage la chose engagée. Du sous-gage.

83. *Quid* si le sous-gagiste a ignoré que la chose était à autrui?
84. Le gage s'étend aux accessoires de la chose.
85. Des personnes qui ont capacité pour prendre part au contrat de gage.
Qui peut aliéner peut engager.
86. Du procureur.
87. Des personnes qui ont capacité pour recevoir des gages.
88. Du mineur.
89. Du droit que le gage confère au créancier. Du privilége du gagiste. Utilité de ce privilége. Importance que Casaregis lui attribue dans les matières commerciales.
90. Nécessité d'approfondir cette matière.
91. Le privilége du gagiste a-t-il son origine dans le droit romain?
92. Suite.
93. Ancien droit français sur le privilége du gagiste.
94 Bases de ce privilége.
95. Il a toujours eu lieu tant dans les matières civiles que dans les matières commerciales.
96. Le privilége confère au créancier un droit réel, spécial, pour être payé par préférence.
97. Mais il faut que le créancier soit saisi. Importance de la possession.
98. Il faut qu'elle soit certaine et sans équivoque.
99. Mais faut-il que ce soit une possession naturelle? Réponse à cette question et renvoi.
100. Le privilége du gagiste est favorable. Le gagiste l'emporte sur le vendeur.
101. Efforts que les vendeurs ont longtemps faits pour échapper à cette préférence, surtout dans les matières commerciales.
Raisons qui font préférer le gagiste.
102. Raisons tirées du droit commercial.
103. Le gagiste l'emporte sur le propriétaire locateur.
104. A-t-il préférence sur les priviléges généraux?
105. Suite.
106. Résumé sur le privilége du gagiste; raisons pour lesquelles il doit être traité favorablement. Le principe de l'égalité entre créanciers ne doit pas en faire infirmer la force.
107. Suite.
108. Conditions extérieures pour que le privilége existe. Nécessité de l'écriture.
109. Elle a été requise depuis longtemps pour garantir les tiers contre des piéges trop faciles.
110. De là l'art. 2074.
111. Raisons puissantes qui ont déterminé le législateur.
112. L'acte écrit n'est exigé qu'en matière excédant 150 francs.
113. Suite.
114. Du reste, quand les choses se passent entre le débiteur et le créancier, la preuve du gage s'établit par le droit commun.
Ce n'est qu'à l'égard des tiers que l'art. 2074 est de rigueur.
115 L'art. 2074 s'applique-t-il aux matières commerciales?
État de la jurisprudence au moment de la promulgation du Code civil en ce qui concerne le gage commercial.
Ordonnance de 1673.
116. Mais cette ordonnance était à peine exécutée; la pratique des tribunaux l'avait rendue sans effet.
117. Du reste l'ordonnance de 1673 n'avait jamais eu pour but de s'appliquer aux gages résultant de consignations faites de place en place.
118. Le Code civil a entendu laisser les matières commerciales sous l'empire des règles qui lui sont propres; art. 2084.
119. Qu'a fait le Code de commerce?
Des art. 93 et 95 de ce Code. Difficultés dont ils ont été la source. Nécessité de les étudier à fond et sous toutes les faces.
120. L'art. 95 étend l'art. 2074 aux matières commerciales dans certains cas précis. Mais il s'en faut bien qu'il l'étende à tous les autres. L'art. 2074 ne peut dépasser le cercle tracé autour de lui par l'art. 95.
121. Il ne faut pas combattre cette idée en disant que le Code civil est le droit commun et qu'il est la règle générale en droit commercial.
Il est vrai que le Code civil forme un droit commun. Mais le Code civil a voulu se limiter lui-même.
122. Suite.
123. Preuve de ceci tirée de la loi du 8 septembre 1830. Elle montre que l'art. 2074 n'est applicable aux matières de commerce que dans le cas de l'art. 95 du Code de commerce.
Importance de cette loi.
124. Suite.
125. Suite.
126. C'est donc par erreur qu'on enseigne dans beaucoup de livres que les règles de l'art. 2074 sont applicables, en général, au commerce.
Elles ne sont applicables que dans certains cas particuliers.
127. Examen du célèbre arrêt de la cour de cassation du 5 juillet 1820, qui est le fondement de la proposition trop étendue que l'on combat ici.
Cet arrêt a été rendu dans une espèce où les parties habitaient la même place et où la marchandise n'avait pas été expédiée.
128. Les recueils d'arrêts ont négligé cette circonstance importante. L'auteur a vérifié sur les registres de la cour de cassation qu'elle existe. A ce point de vue, l'arrêt du 5 juillet 1820 est inattaquable.
129. Suite.
L'art. 95 ne doit pas être renfermé dans le cas unique d'un contrat de commission. Il embrasse tous les cas quelconques où le prêteur et l'emprunteur habitent la même place.
130. Du reste, la rédaction de l'arrêt du 5 juillet 1810 n'est pas satisfaisante.
131. Autres arrêts. Bonnes décisions. Mauvais motifs.
132. Arrêt plus récent de la cour de cassation.
Analyse de cet arrêt et théorie qui en découle.
133. Espèce dans laquelle il a été rendu.
134. Suite. Il donne à l'art. 2074 une portée qui s'étend au delà de l'art. 95 du Code de commerce.
135. Mais un arrêt postérieur renferme l'art. 2071 dans le cercle de l'art. 95.
Ce dernier est le meilleur; lui seul est dans le vrai.
136. Suite.
137. Il n'est pas possible de trouver une raison pour que l'art. 2074 vienne saisir des cas autres que ceux de l'art. 95 du C. de commerce.

138. Ceci posé, il faut examiner l'étendue de l'art. 95.
139. Raison de cet article. Sa sagesse et son utilité.
140. Suite.
141. Facilités ouvertes au commerce par la loi du 8 septembre 1830 pour se conformer sans beaucoup de frais à l'art. 95 du C. de commerce.
142. Pouvoir souverain des cours pour juger les questions d'identité de domicile.
La commune de la Villette est-elle une place différente de la place de Paris?
143. Du cas où l'une des parties est représentée sur les lieux par un mandataire.
144. Du cas où le débiteur vient, en passant, sur la place du créancier.
145. L'art. 2074 n'est pas applicable lorsque ce sont des valeurs négociables qui sont données en nantissement entre parties habitant la même place. — Le nantissement s'opère, alors, par endossement.
146. Suite.
147. Suite.
148. Autre exception à l'art. 95.
De l'ouvrier qui a travaillé et amélioré une chose et qui détient cette chose.
149. Suite
150. L'ouvrier perd son privilége avec la possession.
Il ne peut reporter son gage sur d'autres marchandises.
151. Les banques publiques sont-elles dispensées des articles 95 et 2074?
152. Il n'est pas vrai qu'un arrêt de Bordeaux ait jugé l'affirmative. Les banques ne sont pas hors du droit commun.
153. Véritable portée de l'arrêt de Bordeaux.
154. Suite.
155. Résumé sur l'art. 95.
156. De l'art. 93. Son caractère. Il dispense de l'art. 2074. Il n'est pas limitatif.
157. Il y a une foule d'autres cas commerciaux non prévus par l'art. 93 où l'art. 2074 est inapplicable;
Et la jurisprudence a jugé, malgré de vives instances, que ces cas, bien que ne rentrant pas dans le texte précis de l'art. 93, ne doivent pas être régis par l'art. 2074.
158. Première question et premier pas en dehors de l'article 93.
Quoique l'art. 93 ne parle que du commissionnaire pour vendre, il s'applique à tous les commissionnaires quelconques.
159. Deuxième pas en dehors du texte de l'art. 93. Il faut appliquer l'art. 93 à tous les cas où, sans qu'il y ait commission, il y a nantissement de choses expédiées.
Utilité de cette jurisprudence.
Arrêts importants.
160. Troisième pas en dehors de l'art. 93. Quoique l'article 93 semble exiger que l'expédition soit faite nominativement et directement au commissionnaire, il est jugé que cette condition n'est pas nécessaire.
161. Raison d'utilité commerciale qui ont fait étendre l'art. 93. Il faut que la marchandise en route puisse être valeur de crédit et servir de gage à des avances.
162. Arrêts qui établissent ce point.
163. Suite.
164. Quatrième progrès en dehors de l'art. 93. Quoique de la combinaison des art. 93 et 95 il semble résulter que l'art. 93 suppose que les deux négociants n'habitent pas la même place, cependant il a été décidé par la jurisprudence que l'art. 93 devait profiter à des négociants de la même place, pourvu que la marchandise fût expédiée.
165. Exemple tiré d'un arrêt dans l'espèce duquel la marchandise a été achetée dans un lieu autre que le lieu du domicile des deux parties, et arrive dans un dépôt séant dans ce domicile.
166. Autre exemple dans le même cas.
167. Autre exemple tiré du cas où, lorsque les deux parties habitent la même place, la marchandise objet des avances est expédiée en dehors pour être revendue sur une autre place.
168. Nouvel exemple.
169. Nouvel exemple plus compliqué et qui s'éloigne encore plus du cas précis de l'art. 93.
170. Autre exemple tiré du cas où les parties habitent la même ville, et où le débiteur nantit le créancier d'une marchandise en cours de voyage, au moyen du connaissement à ordre, ou de la lettre de voiture à ordre.
171. Résumé sur les quatre progrès signalés aux numéros précédents.
172. Il est une autre question qui appelle un cinquième progrès : c'est le cas où les deux négociants habitent des places diverses, mais où la marchandise qui est donnée en nantissement ne voyage pas et se trouve dans le lieu du domicile du débiteur. Arrêt de Caen qui applique l'art. 95.
173. Pourvoi en cassation.
174. Observations sur ce pourvoi.
175. Suite.
176. Suite.
177. Suite.
178. Suite.
179. Suite. Rappel de la loi du 8 septembre 1830.
180. Suite.
181. Suite.
182. Suite.
183. Suite. Usage commercial suivi dans l'espèce.
184. Suite.
185. Conclusion sur l'application de l'art. 2074 aux matières commerciales.
186. Examen des formalités requises par cet article.
Raisons qui ont fait introduire ces formalités.
187. Ces raisons trouvent leur place, dans les matières de commerce, toutes les fois que l'art. 95 rend l'article 2074 applicable.
188. Suite.
189. Suite.
190. Sévérité des tribunaux consulaires pour la désignation détaillée des marchandises données en nantissement.
Premier exemple, tiré de la jurisprudence de la cour de Douai.
191. Deuxième exemple, tiré des arrêts de la cour de Paris.
192. Sévérité des tribunaux civils pour les gages civils.
193. Si, parmi les objets qui ont été donnés en gage, il y en a qui ont été bien décrits et d'autres qui

ne l'ont pas été, le gage doit être maintenu pour partie.
194. Nécessité de faire connaître dans l'acte la somme due.
195. Suite.
196. De l'enregistrement de l'acte de gage sous seing privé.
Utilité de cette formalité.
197. Mais en place de l'enregistrement peut-on admettre les équipollents de l'art. 1328?
198. Suite.
199. Suite. L'opinion de l'auteur tendrait à admettre ces équipollents et tout ce qui donne à l'acte date certaine.
200. Du délai de l'enregistrement.
201. *Quid juris* si l'enregistrement n'avait lieu qu'après la faillite?
202. De l'enregistrement de l'état annexé.
203. L'acte de nantissement n'a pas besoin d'être fait double.
204. Des gages contractés sous forme de vente et d'aliénation. Pourra-t-on en demander la nullité sous prétexte de l'omission des formalités de l'article 2074?
205. Quelles sont les conditions intrinsèques du gage? De la possession. Renvoi.
206. De l'étendue de la créance. Ce point est simple dans les matières civiles.
207. Il est plus compliqué dans les matières commerciales, qui ne sont pas gouvernées par l'art. 95 du C. de commerce.
Qu'entend-on par *avances?*
208. Sens de ce mot.
Il est pris d'une manière large.
209. Suite.
210. Suite.
211. Jurisprudence anglaise.
212. Suite.
213. Suite. La cour de cassation a beaucoup contribué à donner une tendance libérale à la jurisprudence en cette matière.
214. Étendue du privilége sur la chose et relation de la créance avec la chose.
Rappel de quelques principes empruntés au droit civil.
215. Suite.
216. Le privilége s'étend jusqu'où s'étend la créance.
217. Le gage peut précéder la dette, ou bien la dette peut précéder le gage. Il suffit que l'argent ait été déboursé en contemplation du gage.
Décision de Marcianus.
218. Suite.
219. Ces principes ont été contestés en matière commerciale, quoiqu'ils y soient encore plus évidents qu'en droit civil.
Sous quel point de vue on en a contesté l'application. Explications à cet égard.
On prétend que lorsque le déboursé précède le gage, il faut un acte de nantissement dans le sens de l'art. 2074 du Code civil, et que les preuves commerciales ordinaires ne suffisent pas.
220. Abus que l'on fait ici de l'art. 93 du C. de comm.
221. Discussion pour montrer cet abus.
Examen de plusieurs cas.
222. Premier cas. Le prêteur consent à accepter des traites avant d'avoir reçu la consignation qui lui est annoncée.
223. Suite.
Il faut dire que le privilége existe sans les formalités de l'art. 2074. Arrêt de Rennes qui le décide ainsi.
224. Suite. Autres arrêts conformes.
225. Autre de la cour de cassation.
226. Examen d'un arrêt d'Aix qui semble contraire et qui ne l'est pas.
227. Et d'un arrêt de Douai qui n'a pas toujours été bien apprécié.
228. Véritable portée de cet arrêt.
229. Mais, à côté de ces deux arrêts qui ne tranchent pas la question, il en est d'autres qui la décident en sens contraire des arrêts rapportés aux n°s 223, 224, 225.
Réfutation d'un arrêt de Nîmes. Dangers de cette jurisprudence.
230. Suite.
231. Rappel de l'ancien droit. Il est certain que le privilége existait alors même que le nantissement s'était effectué après le découvert.
Autorité de Valin.
232. Rien dans la loi nouvelle ne déroge à cette jurisprudence.
233. Suite.
234. Suite. Discussion sur le texte de l'art. 93.
235. Suite.
236. Raisons données par la cour de Nîmes.
237. Réfutation.
238. Suite.
239. Suite.
240. Suite.
241. Suite.
242. Résumé.
243. Autre arrêt contraire de la cour de Rouen.
Il est rendu dans une espèce où le gage a été transporté d'une chose sur une autre.
244. Détail du fait et décision.
245. Critique de cet arrêt.
246. Suite.
247. Le gage peut être transféré d'une chose sur l'autre sans l'accomplissement des formalités de l'article 2074. L'arrêt de Rouen décide à tort le contraire.
248. Conclusion.
249. Autre hypothèse.
Découvert sans gage initial. Puis, convention pour affecter un gage à ce découvert. Cette convention doit-elle être revêtue des formes de l'article 2074, alors qu'il y a expédition?
Arrêt de la cour de cassation qui décide l'affirmative.
Critique de cet arrêt.
250. Suite.
251. Autre difficulté.
Un commissionnaire qui n'a pas d'argent pour faire les avances que son commettant exige de lui peut-il déléguer son privilége au tiers dont il emprunte l'argent?
252. Examen d'un arrêt que l'on a cité à tort comme tranchant la question.
253. Raisons de décider.
254. Suite.

255. Suite.
256. Des avances successives.
257. Nullité du gage constitué dans les dix jours de la faillite.
258. *Quid* si la convention avait eu lieu avant le temps prohibé, sous condition d'un gage? Pourrait-on réaliser le gage dans les dix jours?
259. De la dette contractée avec gage après les dix jours.
260. Les affaires de commission traitées de bonne foi dans les dix jours sont privilégiées.

COMMENTAIRE.

50. L'article 2072 nous a appris que le gage est, à proprement parler, le nantissement d'une chose mobilière. Le chapitre que nous allons analyser, et qui traite du gage, prend le mot gage dans ce sens restrictif. Il ne s'occupe que du nantissement des choses mobilières. Notre premier soin doit donc être de l'envisager à ce point de vue, c'est-à-dire sous le rapport des choses qui en sont l'objet. Nous parlerons ensuite des droits qu'il engendre sur ces choses, et particulièrement du privilége reconnu par notre article.

51. Tout ce qui est dans le commerce peut être donné en gage. Cette idée est présentée sous un double point de vue par les jurisconsultes romains : sous une forme négative : « On » ne peut donner en gage, dit Marcianus, ce » qui n'est pas dans le commerce : *Eam rem,* » *quam quis emere non potest, quia commer-* » *cium ejus non est, jure pignoris accipere non* » *potest* [1] ; » sous une forme affirmative : « Tout ce qui est susceptible de vente, dit » Caius, est susceptible de gage : *Quod emptio-* » *nem conditionemque recipit, etiam pignora-* » *tionem potest recipere* [2]. » Comme le gage doit se résoudre en un prix si le débiteur ne paye pas à l'échéance, il est naturel de faire marcher de pair la vente et le gage, et de considérer surtout comme de nature à être soumises au gage les valeurs qui peuvent être converties par la vente en une somme d'argent [3].

52. Toutefois, ne peut-on pas soutenir qu'il y a des choses qui ne sont pas dans le commerce et que cependant le gage peut atteindre? S'il est vrai que le contrat d'otage soit un contrat de gage [4], ne peut-on pas le citer comme exemple d'un contrat de gage qui porte sur un objet qui n'est pas dans le commerce? Car le corps de l'homme ne saurait être vendu ; sa liberté est inestimable et sacrée. Et c'est cependant son corps, c'est sa liberté qui sont donnés en gage dans le contrat d'otage.

De plus, est-il bien vrai de dire, d'une manière absolue, que la fin du gage est la conversion de la chose en prix, à défaut de payement, et que dès lors on ne peut engager que ce qu'on peut vendre ? Bien que la chose donnée en gage ne soit pas susceptible de vente, ne reste-t-il pas au gage quelque chose d'efficace, savoir, le droit de rétention ? C'est pourquoi le contrat d'otage est mis dans la catégorie du gage, quoiqu'on ne vende pas et qu'on ne puisse pas vendre la personne otagée. Mais on a sur elle un droit de rétention ; ce résultat est suffisant pour que le gage ne reste pas sans valeur légale.

Au surplus, nous n'entendons pas infirmer dans les cas les plus nombreux la vérité des propositions de Marcianus et de Caius ; il faut les prendre pour guide habituel. Nous avons voulu montrer les exceptions dont elles sont susceptibles.

53. Dans le droit romain, il n'est pas rare de voir le gage porter sur des esclaves. On a même vu, dans notre dissertation historique sur la contrainte par corps, qu'à Rome et dans le moyen âge il était d'usage d'engager son corps, sa liberté, celle de ses enfants [5]. Le droit est maintenant purgé de ce mépris des droits de l'homme. Le gage ne peut plus comprendre (le cas d'otage excepté) que les choses matérielles.

Toutefois, dans nos colonies où l'esclavage est encore en vigueur, il est assez ordinaire de donner des noirs en nantissement. J'en ai vu de nombreux exemples dans les affaires coloniales qui ont passé sous mes yeux à la cour de cassation.

54. Toutes les choses matérielles peuvent être données en gage [6] : bijoux, argenterie, hardes, marchandises, meubles meublants, fruits de la terre, animaux de travail, animaux de produit, etc., etc.

55. On peut même donner en gage de l'argent comptant [7] : c'est ce qui a lieu dans certaines bibliothèques publiques, où les règlements permettent de prêter des livres moyennant le dépôt d'une somme d'argent.

56. On peut donner en gage des choses incorporelles, des créances, des dettes actives [8]. Pothier en doutait [9]. Favre soutenait que rien n'était plus légitime [10]; et les partisans de cette seconde opinion invoquaient la loi 4 au C., *quæ*

[1] L. 1, § 2, D., *quæ res pignori vel hypoth.*
[2] L. 9, § 1. D., *de pignorib. et hyp.* Caius.
[3] Favre, *Rat.*, sur cette loi.
[4] *Suprà*, nº 36.
[5] Voyez la préface de notre comm. de la *Contrainte par corps.*
[6] Gmelin, *De jure pignoris*, § 3.
[7] Pothier, nº 6.
[8] Gmelin, *loc. cit.*
[9] Nº 6.
[10] *Conject.*, VIII, 15 et 16.

res pignor. La pratique s'est prononcée en faveur du gage des choses incorporelles [1]. Elle y a vu un moyen de crédit; elle n'a pas hésité à surmonter de vains scrupules [2]. Nous verrons, dans notre commentaire de l'article 2075, les formalités auxquelles le gage des choses incorporelles est assujetti.

57. Celui qui n'a pas la disposition d'une chose ne peut la mettre en gage. Le soldat ne peut engager ses armes [3], le prêtre ne peut engager les vases sacrés [4], si ce n'est pour raison de grande nécessité [5]. Les anciens recueils offrent quelques exemples d'engagement des choses sacrées par les ecclésiastiques [6]. Un arrêt du parlement de Paris du 7 septembre 1518, rendu toutes les chambres assemblées, condamne un abbé à rendre à la sœur d'un religieux cent écus, somme pour laquelle elle avait eu gage un calice que son frère lui avait donné pour sûreté de la dette pendant sa maladie [7].

58. Les joyaux de la couronne ont été quelquefois engagés dans les nécessités d'argent de nos rois. En 1417, le roi Charles VI engagea un fleuron de la couronne aux chanoines de la grande église de Paris, pour la somme de 4,600 livres tournois.

L'histoire ajoute que le roi retira ce gage la même année en donnant à l'église une chape de velours cramoisi, semée de perles, qui sert au jour de Pentecôte, avec permission de la faire servir quatre fois dans l'année [8].

59. D'après les lois romaines, le gage de la chose d'autrui n'est pas frappé d'une nullité radicale. Il a au contraire, entre le créancier et le débiteur, des effets légaux; il engendre l'action pigneratice au profit du débiteur contre le créancier gagiste [9], et réciproquement. Il est vrai que la chose d'autrui n'est pas affectée par un tel contrat, émané de personnes auxquelles elle n'appartient pas; elle reste libre, et le propriétaire peut la réclamer [10]. Mais le contrat produit des engagements personnels entre les parties, et ces engagements tiennent; la bonne foi veut qu'ils soient accomplis [11]. C'est ainsi que nous avons vu que le prêt de la chose d'autrui [12], et le dépôt de la chose d'autrui [13], ont entre les contractants des effets légitimes.

60. Pour mettre ce point dans tout son jour, il faut l'éclairer par quelques notables distinctions. Trois cas se présentent : ignorance du débiteur et du créancier; ignorance du créancier et mauvaise foi du débiteur; mauvaise foi du créancier et du débiteur.

61. Quand le débiteur est de bonne foi, sa croyance sincère dans son droit de propriété ne fait pas disparaître l'intérêt qu'a le créancier à n'avoir en gage qu'une chose sur laquelle il puisse se payer avec certitude. La propriété d'autrui rend le gage équivoque et lui enlève ses sûretés. Le créancier a donc action contre le débiteur, et celui-ci ne peut pas prétexter de son ignorance. « Quantum ad contrarium judi» cium, dit Paul [14], ignorantia cum non excu» sat. » Car, comme le dit Cujas, que l'on peut très-bien citer à côté de Paul, « contractus fides » exigit, ut salvum jus suum sit creditori [15]. » Il y a d'ailleurs faute de la part du débiteur qui a engagé pour sienne une chose qui ne l'était pas [16].

Sous tous les rapports, donc, l'action contraire compète au créancier.

62. Maintenant, passons à un second cas. Celui qui sciemment a donné la chose d'autrui en gage au créancier de bonne foi s'oblige certainement envers ce dernier. Il s'oblige surtout par le mensonge et par le dol qui ont trompé le créancier. En ce sens, on ne saurait dire que le gage de la chose d'autrui est nul. C'est ce qu'explique très-bien le président Favre. « Quod enim dicimus, rem alienam pi» gnori dari non posse, non eo pertinet, ut » qui rem alienam ignoranti sciens dedit, non » obligatur. Quidni enim obligari debeat ex » suo mendacio et dolo, cum ignorantem cre» ditorem deceperit [17]? »

63. D'un autre côté, si ce débiteur, qui de mauvaise foi a engagé la chose d'autrui, paye le créancier à l'échéance, il est clair qu'il aura contre ce dernier l'action pigneratice directe pour retirer la chose. Car autrement le créancier trouverait dans une constitution de gage vicieuse des avantages que lui refuse la constitution de gage valable [18].

64. Ainsi donc, d'une part, le créancier aura l'action pigneratice contraire, à cause de l'obligation contractée par le débiteur; c'est la décision expresse d'Ulpien : « Si rem alienam » mihi debitor pignori dederit, aut malitiose

[1] Art. 2075.
[2] Pothier le reconnaît en note. *loc. cit.*
[3] Arg. de la loi 14, § 1, D., *de re milit.*
[4] L. 3, C., *quæ res pignor.* L. 21, C., *de sacro eccles.*
[5] L. 21, C., *de sacro eccles.* C. 1 et 3, Extrav. *De pignorib.*
[6] Boerius, *decis.* 6. Papon., liv. 1, t. 1, nº 10. Brillon, vº *Gage*, nº 6.
[7] Papin., l. 1, t. 1, nº 8.
[8] Bouchel, vº *Gage*. Brillon, vº *Gage* nº 3.
[9] Ulp., l. 9, § 4, D., *de pignerat. act.* L. 22, § 2, D., *eod. tit.* Voy. le tit. du Code *si res aliena pignor. dat.*
[10] Paul, l. 20, D., *pign. act.*; lib. 21, *ad edict.*
[11] Favre, sur la loi 9, § 4, D., *de pign.*
[12] Mon comm. du *Prêt*, nº 38.
[13] Mon comm. du *Dépôt*, nºˢ 30 et 40.
[14] L. 16, § 1, D., *de pignerat. act.*
[15] Lib. 29, *Pauli ad edict.*, sur cette loi.
[16] Favre, *Ration*, sur cette loi.
[17] *Ration.*, sur la loi 9, D., *de pign. act.*
[18] Favre, *loc. cit.* Arg. de la loi 12, § 7, D., *de captivis et post.*

» in pignore versatus sit, dicendum est locum » habere contrarium judicium [1]. » D'autre part, le débiteur a l'action pigneratice directe pour la restitution de la chose [2]. Le contrat produit donc des effets sérieux et réels.

65. Supposons maintenant que le créancier reçoive la chose en sachant qu'elle n'appartient pas au débiteur. Il serait difficile, dans ce cas, qu'il pût élever des plaintes. Il n'a pas été trompé, ou, pour mieux dire, il s'est trompé lui-même [3]. L'action pigneratice contraire ne lui appartient donc pas. « *Sed si sciens creditor accipiat, vel alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrarium ei non competit* [4]. »

66. Nous venons de voir la position du débiteur et du créancier vis-à-vis l'un de l'autre, lorsque la chose d'autrui a été donnée en gage. Jetons à présent un coup d'œil sur le droit du propriétaire [5], dont la chose a été l'objet du contrat.

S'il a consenti à la dation du gage, tout est valable. *Aliena res pignori dari, voluntate domini, potest* [6].

67. Il en est de même s'il ratifie expressément ou tacitement le gage de sa chose, donné à son insu par le débiteur : *Et si, ignorante eo, data sit, et ratum habuerit, pignus valebit* [7]. Il est censé avoir donné mandat, et entre les parties le gage vaut *ab initio*, avec effet rétroactif [8].

68. Mais si le propriétaire n'a donné aucun consentement, sa chose n'est pas engagée; elle n'est en rien affectée. Une chose ne peut être atteinte par un droit réel que par la puissance de la volonté du maître [9]. « *Nexum non facit,* » *nisi persona quæ jure potuit obligare.* » Ce sont les termes de la loi romaine [10]. Le principe est ici le même qu'en matière de dépôt. De même que, d'après l'article 1922 du Code civil, le dépôt volontaire n'est valable que du consentement exprès ou tacite du propriétaire [11], de même le gage n'est pas valable si son consentement n'intervient pas.

69. Ainsi, est nul le gage donné par un procureur contre et outre le mandat du propriétaire [12]. Le créancier qui a traité avec le procureur devait examiner les termes de la procuration, et il doit s'imputer d'avoir fait un contrat avec une personne sans qualité.

Ainsi encore, le créancier qui a reçu en gage la chose qu'il savait appartenir à autrui ne peut résister à l'action du propriétaire qui la revendique.

70. Mais que dirons-nous du cas où le créancier a été de bonne foi, et a reçu la chose des mains d'une personne qu'il avait juste sujet de considérer comme propriétaire? Quelle sera, d'après le droit français, sa position vis-à-vis du maître de cette chose.

L'ancienne jurisprudence nous offre sur cette question des décisions qui se contrarient.

Pajet, maître des requêtes, avait donné des bagues à une revendeuse pour les vendre. Celle-ci les mit en gage pour 200 écus. Pajet fit saisir ses bagues chez la personne qui en était nantie. Celle-ci répondit qu'elle ne restituerait les bagues qu'autant que Pajet lui payerait son argent. Mais un arrêt du parlement de Paris, du 14 mars 1616, condamna le dépositaire à la restitution, sauf son recours pour la répétition de son argent contre la revendeuse [13].

Autre décision semblable :

Une personne avait emprunté un carcan ou collier de pierreries à un de ses amis; puis elle l'avait engagé sans en informer le propriétaire. Un arrêt du parlement de Dijon, du 9 août 1612, décida que le maître du carcan pouvait le retirer des mains du créancier qui le détenait, sans être tenu de lui payer le prix pour lequel le gage avait été donné [14].

Despeisses confirme cette jurisprudence par un arrêt de la cour des aides de Montpellier du 26 novembre 1640. Un collecteur des tailles avait reçu une ceinture d'argent en gage, d'un homme marié, pour assurance des tailles qu'il lui devait. Il fut jugé que le collecteur rendrait à la femme cette ceinture qui lui appartenait, et cela sans qu'elle fût tenue d'acquitter les tailles auxquelles cette ceinture servait de garantie [15].

71. Il a toutefois été jugé, par arrêt du 7 février 1656, que le propriétaire ne peut réclamer les gages donnés par un revendeur public qu'en restituant le prix de l'engagement [16]; ce qui est conforme à l'opinion que le président Favre avait du droit français; car il dit quelque part : « Apud Gallos, pignorum mo» bilium persecutio hypothecaria nulla est, si » ab alio quam ipso debitore possideantur. Id » enim est quod aiunt : *Les meubles n'ont* » *point de suite* [17]. »

[1] L. 9, D., *de pign. act.* *Junge* Paul, l. 16, § 1, D., *de pignerat.* (lib. 29, *ad edict*).
[2] Ulp., l. 22, § 2, D., *de pignerat. act.*
[3] L. 26, D., *de rei vindicat.*
[4] Paul, l. 16, § 1, D., *de pign. act.*
[5] C'est ce que nous avons fait pour le *Prêt*. Voy. mon comm. du *Prêt*, nos 38 et 106.
[6] Paul, l. 20, D., *de pign. act.*
[7] *Id.*
[8] Arg. de l'art. 1922, C. civ. Il reconnaît la légitimité du consentement exprès et *tacite*.
[9] Arg. de la loi 20, D., *de pign. act.*, et Favre, *Ration.*, sur ce texte.
[10] Honor. et Théod., l. 8, C., *si aliena res pignor.*
[11] Mon comm. du *Dépôt*, nos 39, 40.
[12] Sever. et Ant., l. 1, C., *si aliena res pign. dat.*
[13] Bouchel, vo *Gage*. Brillon, vo *Gage*, no 3.
[14] Bouvot, t. 2, vo *Gage*, quest. 5. Despeisses, t. 1, p. 248, no 4.
[15] *Loc. cit.*
[16] Bardet, t. 2, liv. 2, ch. 4. Brillon, *loc. cit.*
[17] Sur la loi 5, § 8, D., *de trib. act.*

Cette dernière décision est en opposition avec les précédentes. Doit-elle prévaloir sur elles et servir de règle aux jurisconsultes, ou bien est-ce dans les arrêts contraires que repose la vérité?

72. L'article 2279 du Code civil fait incontestablement prévaloir l'arrêt du 7 février 1636. Les autres arrêts ne peuvent s'expliquer que par des circonstances de fait, ou plutôt parce que la règle : ***En fait de meubles la possession vaut titre***, n'était pas encore sortie victorieuse des entraves du droit romain et de certaines coutumes empreintes des vestiges du droit écrit. Aujourd'hui il n'y a pas à hésiter, la difficulté est tranchée par l'article 2279 (1).

73. Cet article nous a déjà servi, dans nos précédents commentaires, à éclaircir plus d'un point obscur et jadis litigieux.

Ainsi, arrive-t-il que l'emprunteur vende à un acheteur de bonne foi la chose prêtée? le propriétaire n'a pas de revendication contre ce dernier. ***Meubles n'ont pas de suite*** (2).

Arrive-t-il que le dépositaire vende la chose déposée à un tiers de bonne foi? le propriétaire n'a pas l'action en revendication contre ce dernier. ***Meubles n'ont pas de suite*** (3). Il en est de même quand c'est l'héritier du dépositaire qui a vendu la chose déposée (4).

Dans ces différents cas, le propriétaire doit s'imputer à lui-même d'avoir mal placé sa confiance. Il n'a pas d'action contre le tiers de bonne foi qui a acheté le meuble. Sans quoi il n'y aurait aucune sûreté dans les transactions (5). Ce n'est qu'autant que l'acheteur aurait été de mauvaise foi que la revendication pourrait être exercée (6).

74. Eh bien! si le prêteur et le dépositaire, au lieu de vendre la chose, la mettent en gage entre les mains d'un créancier de bonne foi, le propriétaire trouvera dans la règle : ***Meubles n'ont pas de suite***, le même obstacle à la revendication. Il ne pourra retirer la chose qu'en payant l'argent assuré sur le gage. L'action en revendication ne lui appartiendra que si le créancier gagiste est complice de la mauvaise foi de ces détenteurs infidèles. Le gage est une manière d'aliénation. On peut le placer ***lato sensu*** parmi les aliénations de la chose qui ont du rapport avec la vente (7); et ce qui est vrai quand la chose mobilière a été vendue est vrai par parité de raison quand elle a été mise en gage (8).

L'arrêt du parlement de Paris du 7 février 1636 est donc dans les principes les plus purs du droit, du crédit, de l'équité.

75. C'est surtout en matière commerciale qu'il faut tenir à une jurisprudence si favorable à la sécurité des transactions. Consultons les auteurs commerciaux et notamment Casaregis (9).

Berzino et Minuti, marchands de Florence, avaient reçu d'un certain juif, nommé Simon Cavaglieri, marchand de Ferrare, un envoi de soie avec commission de vendre cette marchandise. Berzino et Minuti donnèrent ces soies en gage à Vanni pour sûreté d'un prêt d'argent à eux fait par ce dernier. Plus tard, Berzino et Minuti vendirent les soies à Chiavitello, avec charge de payer à Vanni ce qui lui était dû par eux pour raison du prêt. Bientôt leur faillite fut déclarée, et Cavaglieri, ayant été informé que le prix des soies existait dans les mains de Chiavitello, demanda que le montant en fût intégralement versé dans ses mains. Mais Vanni, créancier gagiste, y fit opposition, se prétendant préférable à cause de son gage (10).

On pressent quel était le système de Cavaglieri. Il insistait sur son droit de propriété; il représentait que ses commissionnaires avaient disposé de sa chose à son insu; il établissait, par des raisons ingénieuses (11), qu'il devait avoir ses soies ou le prix, et qu'il était juste de favoriser le maître d'une chose frauduleusement engagée ***a non domino***.

76. Mais, dit Casaregis (12), l'usage du commerce ne saurait s'accommoder de ces idées. « Hæc nullatenus procedere inter mercatores, » quia, de eorum universali stylo aut consue- » tudine, contrarium servatur. » Cet usage est attesté par Marquardus (13); il est consacré par plusieurs statuts locaux européens; le cardinal Deluca en reconnaît l'existence et lui donne son assentiment (14). Ainsi le veut la foi commerciale. Quand le détenteur d'un objet mobilier, qu'il tient de son correspondant, le vend contre le gré de ce dernier ou à son insu, ou le livre à un tiers de bonne foi à un titre onéreux, celui qui le reçoit de ses mains est fondé à ne s'en pas dessaisir. « Et similiter, ob eam » rationem non turbandæ libertatis commer- » cii, in dubitabilioribus terminis, nempe mer- » catoris, vel magistri navis, vel vectoris, » mala fide alienantis, vel distrahentis, seu

(1) Grenier semble contraire, *Hypothèques*, t. 2, n° 314. Zachariæ est de mon avis, t. 2, § 433.
(2) Mon comm. du *Prêt*, n° 92. Mon comm. de la *Prescript.*, t. 2, n° 1070.
(3) Mon comm. du *Dépôt*, n° 106. Mon comm. de la *Prescript.*, t. 2, n° 1070.
(4) Mon comm. du *Dépôt*, n° 124, art. 1935.
(5) Mon comm. de la *Prescript.*, n° 1070. Je cite les arrêts.
(6) *Id.*, t. 2, n° 1031.
(7) Casaregis, disc. 187, n° 8.
(8) *Id.*, n° 20.
(9) Disc. 187.
(10) Casaregis, disc. 187.
(11) *Ingeniosæ replicatis.*
(12) N° 3.
(13) *De jure mercat.*, lib. 2, c. 8, n° 86; et cap. 9, n° 14.
(14) *De credito*, disc. 22, n° 23. *De usuris*, disc. 7, n° 8.

» disponentis de rebus aut mercibus sui respective corresponsoris principalis, contra illius mentem, seu ordines : quod alter mercator illarum emptor, seu acquisitor ex aliquo titulo oneroso, non tenetur domino illas » restituere. nisi sibi persoluto tali pretio, firmat cardinalis Deluca, *De regalib.*, decis. » 115, n°s 5 et 6 [1]. » Sans doute il en est autrement quand l'acheteur est de mauvaise foi [2]. Mais s'il est de bonne foi, le droit commercial est en sa faveur [3].

Et, en effet, où en serait-on dans le commerce où il est si nécessaire que les affaires aient une fin rapide, où les recours troublent les écritures passées sur les livres, où les négociations commencées ne peuvent être remises en question sans d'immenses dangers, où en serait-on s'il était permis de venir soutenir que telles marchandises qui ont été vendues, livrées, engagées n'appartiennent pas à celui qui en a disposé [4]?

La décision fut donc favorable à Vanni. Elle confirme l'arrêt du parlement de Paris du 7 février 1656. C'est là qu'est la vérité.

77. Cette décision n'est pas la seule dont Casaregis nous ait conservé les enseignements. Vais Nunés était copropriétaire d'une portion de sucres chargée sur le navire *le Caral marino*. David Cayrel copropriétaire de l'autre partie, donna le tout en gage à Grenwood et Cooper. Vais Nunès prétendit que cet engagement était nul pour la part qui lui revenait dans les sucres. Mais cette prétention fut condamnée par Casaregis dans les termes les plus énergiques [5]. Voici le résumé de sa doctrine et sa conclusion : « Pour parler maintenant des abus » de confiance commis par les détenteurs de » marchandises qui en disposent contre le gré » des propriétaires, ces *abus de confiance ne » sont pas des vols* : ce ne sont que des vols » impropres, et, dès lors, *favore libertatis publici commercii, prætermittere pro* INDUBITABILI REGULA *oportet, talium rerum aut merciam dominum, rei vindicationis actione, » illarum restitutionem minime prætendere » posse, nisi prius per eum persolvatur pretium, vel pecunia mutuata, vel quidquid » aliud datum aut creditum restituatur illi cui » respective venditæ, vel hypothecatæ, vel in » solutionem datæ, vel permutatæ merces fuerint* [6]. »

Casaregis étend cette décision à tous les cas qui peuvent se présenter et où le tiers est de bonne foi [7]. Que le détenteur, coupable de l'abus de confiance, soit un capitaine de navire, un voiturier, un commissionnaire, un mandataire, un administrateur, un économe, un dépositaire, un gagiste, peu importe. Sans doute il a commis un abus, mais les tiers ne peuvent en souffrir. Le propriétaire doit s'imputer d'avoir mal placé sa confiance.

78. Tel est le droit commercial. Telle est la jurisprudence. On voit combien notre article 2279 est favorable aux intérêts commerciaux. L'accord du droit civil et du droit commercial est ici manifeste ; l'un se fortifie et s'éclaire par l'autre.

Ceci posé, on ne saurait assez s'étonner d'un arrêt de la cour de cassation de Belgique, du 4 juin 1835, qui a décidé en principe que l'article 2279 n'est pas applicable au cas où le tiers a acquis, non pas la propriété de la chose, mais une détention précaire comme l'est celle du gagiste. De telles idées sont subversives ; elles foulent aux pieds les principes les plus accrédités [8]. Si en effet l'article 1879 est décisif pour le cas où la chose est passée dans les mains d'un tiers par vente, pourquoi pas dans le cas où c'est une mise en gage qui a saisi le créancier de bonne foi? Écoutons encore un instant Casaregis [9]. On ne saurait trop citer cet oracle du droit commercial à ceux qui sont peu familiers avec cette partie de la jurisprudence. « Quamobrem si in istis terminis hujus» modi propositio procedit, *eo magis* locum » sibi vindicabit in casu nostro, ubi serica » dicti Hebræi Cavaglieri a D. D. Berzino et » Minuto non totaliter fuerat distraeta, *sed tantum pignorata ;* minoris enim mali vel præju» dicii est rem totaliter in alium transferre quam » solo pignori dare. »

79. Il y a une autre raison donnée par le cardinal Deluca, et qui, dans certains cas, n'est pas sans valeur [10]. Voici à quelle occasion Deluca a traité ce point. Le marquis Marcello Raimondi avait été banni de Rome ; mais sa mère avait continué à y demeurer, et son intendant avait mis en gage, auprès de banquiers juifs, des objets mobiliers appartenant audit marquis, afin de lui procurer de l'argent. A son retour à Rome, Marcello Raimondi trouva qu'il lui manquait beaucoup de meubles. Son intendant avait pris la fuite, emportant l'argent qu'il avait recueilli des prêts. Le marquis intenta une action contre les banquiers ; il les signala comme complices de vol et recéleurs ; dans tous les cas, et lors même qu'ils seraient de bonne foi, il soutint que, saisis des choses

[1] Casaregis, *loc. cit.* n° 19.
[2] *Id.*
[3] Casaregis cite Targa, *Ponderat. marit.*, c. 74.
[4] Casaregis, disc. 78, n° 4. Il insiste sur cette considération dans son disc. 187, n° 19.
[5] Disc. 124.
[6] N° 2.
[7] N° 2.
[8] Voy. mon comm. de la *Prescription*, n° 1900. J'ai, du reste, expliqué, *loc. cit.*, la décision de la cour de Belgique par des points de fait qui peuvent peut-être la sauver.
[9] Disc. 187, n° 20.
[10] *De usuris*, disc. 7.

volées, ils devaient les rendre au propriétaire [1]. On conçoit tout ce que cette allégation de vol donnait de favorable à la cause du marquis. Cependant son action fut déclarée injuste par Deluca; car il n'y avait pas de vol de meubles dans l'espèce, et les banquiers étaient de bonne foi. La jurisprudence est constante, disait-il, pour enlever au propriétaire la revendication contre les tiers détenteurs de la chose mise en gage: et cette jurisprudence a une raison d'équité qui est frappante; car, en effet, si quelque chose doit être respecté, c'est le gage. Le plus souvent les emprunts sur gage se font au profit de personnes qui ne veulent pas être connues. Ces personnes, pour ne pas nuire à leur crédit, se servent de procureurs, de domestiques, d'intermédiaires [2]. Le mandat tacite se présume facilement; il ne faut pas autoriser des recherches indiscrètes qui nuiraient à ce genre de contrats et aux monts-de-piété.

80. Nous en avons dit assez pour démontrer la doctrine que nous avons avancée dans notre commentaire de la *Prescription* [3], et que nous ne faisons que répéter ici quand nous disons que le gage donné *a non domino* doit tenir au profit du tiers de bonne foi qui l'a reçu. Le contraire serait la destruction du crédit; le commerce serait grandement entravé ou empêché. Il faut se garder des vains scrupules qui tendraient à infirmer les idées dont nous ne sommes que le fidèle écho.

81. Je n'ajouterai qu'un mot : j'ai dit, dans mon commentaire de la *Prescription* [4], que quelques arrêts, assimilant au vol l'abus de confiance, s'étaient efforcés, par cette assimilation trompeuse, de lever les barrières qui s'opposent à l'action du propriétaire contre le tiers détenteur de bonne foi. On a vu, par ce que je viens de dire au n° 77, ce que Casaregis pensait de cette assimilation. Il décide avec nous que ce n'est pas là un vol, que ce n'est qu'un vol imparfait, c'est-à-dire ce que notre Code pénal appelle un *abus de confiance*. La doctrine de notre commentaire de la *Prescription* reçoit donc ici une ample confirmation.

82. D'après les lois romaines, la chose que le créancier a reçue en gage peut être donnée en gage par lui à son créancier. C'est ce qu'on appelle *sub-pignus* [5]; de telle sorte que ce second créancier est maintenu dans son gage tant que subsiste le gage du premier [6]. Le second gage est subordonné au premier [7]. *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Ainsi, si le premier débiteur libère le gage, le second créancier doit se dessaisir. Il ne lui reste ni privilége, ni droit de rétention. *Neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur*. Ce sont les expressions de Papinien [8]. Le gage est purgé *ipso jure* par le payement; il n'en reste rien pour le second créancier [9].

83. Mais cette subordination n'a lieu que lorsque le second créancier a su que la chose qu'il a reçue en gage n'était pas la propriété du premier.

S'il a été de bonne foi, s'il a cru que son créancier direct était propriétaire de la chose qu'il lui a donnée en nantissement, on applique la règle : *Les meubles n'ont pas de suite*. Nous avons vu tout à l'heure [10] la décision expresse de Casaregis sur cette espèce; et il y a dans le commerce des exemples innombrables de cette vérité, très-favorable au crédit et à la vive circulation des marchandises.

84. Le gage s'étend aux accessoires de la chose et à tout ce qui en procure l'accroissement.

Par exemple, si Pierre m'a donné en gage une vache, mon droit embrasse le veau qui vient à naître *ex post facto* [11]. En un mot, les fruits font partie du gage [12], et ils augmentent, par une accession naturelle, la garantie donnée au créancier.

85. Après avoir parlé des choses qui font l'objet du gage, occupons-nous des personnes qui ont capacité pour prendre part à ce contrat.

D'après une comparaison fréquente en cette matière, le gage est mis sur la même ligne que la vente [13]. Il suit de là que, pour pouvoir valablement engager une chose, il faut avoir capacité pour l'aliéner. Nous ne rencontrons ici, comme dans le *cautionnement*, que les incapacités ordinaires [14]; il n'est pas nécessaire de les énumérer. Il suffit de dire que quiconque a la disposition de sa chose peut la donner en gage, et que quiconque est gêné dans sa liberté d'en disposer ne peut l'engager.

86. Le procureur, quand il a un mandat exprès ou tacite, peut donner une chose en gage; car le contrat de gage se contracte par procureur [15].

87. Quant aux personnes qui ont capacité

---

[1] N° 3, l. *incivilem*, C., *de furtis*.
[2] N° 8.
[3] N°s 1060 et suiv.
[4] N° 1070.
[5] Schilling, § 206, note 19.
[6] L. 1, C., *si pignus pignori*. Marcianus, l. 13, § 2, D., *de pignorib*. Papin., l. 40, § 2. D., *de pignerat. act.*, lib. 3, *Respons*. Despeisses, t. 1, p. 248, n° 3.
[7] *Secundum pignus a primo pendet*, dit Favre, *Rat.*, sur la loi 40, § 2, précitée.
[8] *Loc. cit.*
[9] Cujas sur Papin, *loc. cit.*
[10] N° 77. *Infrà*, n°s 422, 423.
[11] L. 13, D., *de pignorib. et hypoth*. L. 3, C., *in quib. causis*.
[12] Rousseaud-Lacombe, v° *Gage*, n° 6. *Infrà*, n°s 437 et suiv.
[13] *Suprà*, n° 51.
[14] Voy. mon comm. du *Cautionnement*, n° 188.
[15] L. 21, D., *de pignorib. et hypoth* Paul, lib. 73, *ad edict*.

pour recevoir des gages, il semble au premier coup d'œil qu'on puisse dire que toutes les personnes qui peuvent faire leur condition meilleure ont capacité pour être constituées gagistes.

Cependant, considérons que si le gage procure des avantages, il soumet le détenteur à des obligations qui sont le fondement de l'action pigneratice directe [1]. C'en est assez, ce nous semble, pour maintenir ici les principes généraux sur l'incapacité en matière d'obligation. On pourra au surplus s'aider de quelques observations que nous avons faites dans notre commentaire du *Prêt*, nos 30, 31, 32, 33.

88. Bien imprudent, au surplus, serait le débiteur qui irait remettre un gage à un mineur pour sûreté accessoire d'un contrat conduisant à un payement qui, en bonne règle, ne doit pas s'effectuer entre ses mains.

89. Après ces préliminaires, entrons dans la matière spécialement prévue par l'art. 2073, et parlons du droit que le contrat de gage confère au créancier. L'art. 2073 lui accorde un privilége. C'est une des prérogatives les plus éminentes du gage. Elle est également précieuse dans les matières civiles et dans les matières de commerce. Si le marchand, dit Casaregis, qui prête sur gage n'était pas privilégié, l'intérêt et la liberté du commerce seraient grandement troublés. « Si mercator sub pignore » mutuans, vel cambio pecuniam præstans, » non esset potior in rebus pigneratis cuicum- » que alteri creditori hypothecario, impediretur » aut turbaretur mercaturæ libertas [2]. »

90. Cette matière du privilége du gagiste a été touchée, comme très-importante, par les auteurs civils et commerciaux [3]. Nous en avons dit quelque chose dans notre commentaire *des Priviléges et des Hypothèques* [4]. Il faut l'approfondir davantage ici.

91. Et d'abord le privilége du gagiste a-t-il son fondement dans le droit romain?

Je le pense, et l'on peut citer des textes décisifs à l'appui de cette proposition [5]. Chez les Romains, comme dans nos idées, le droit réel renfermé dans le gage, joint à la possession du gagiste, a dû mettre ce dernier dans une position privilégiée et le faire préférer aux créanciers ordinaires.

Il est vrai que lorsque la chose donnée en gage était déjà soumise à une hypothèque, le privilége du gagiste ne militait pas (au jugement de quelques interprètes) contre le créancier investi de cette hypothèque antérieure. Ces interprètes prétendaient que, d'après le droit romain, le gage n'était entré dans les mains du gagiste que sous la réserve de cette hypothèque, et qu'ainsi il devait la subir [6]. Mais ce point de droit, en le supposant certain, n'empêchait pas le privilége dans tous les autres cas. Le gagiste était privilégié.

92. Il ne faut pas croire qu'il y ait quelque chose de contraire à cette doctrine dans les auteurs italiens, tels que Straccha et Casaregis [7], qui se sont occupés du privilége du gagiste commerçant; et l'on se tromperait fort si, à la lecture superficielle de certains passages de leurs écrits, l'on croyait qu'ils ont attribué à l'usage et au style du commerce l'invention du privilége du gagiste. Tout ce que ces auteurs ont dit, c'est qu'en supposant qu'il soit vrai, en droit romain, que l'hypothèque antérieure nuise au gagiste qui a reçu en gage la chose déjà hypothéquée, il est certain que le droit commercial n'a jamais admis cette préférence du créancier hypothécaire sur le créancier gagiste; car autrement le commerce serait troublé dans ses sûretés. Tel est le point de vue de ces auteurs. Du reste, ils n'ont jamais nié qu'en droit civil romain, le gagiste eût sous tous les autres rapports un privilége de cause.

93. Quoi qu'il en soit, en France le droit civil, autant que le droit commercial, a toujours écarté la contribution en cette matière, et le privilége du gagiste y est aussi ancien que la jurisprudence même [8].

94. Sur quoi s'est appuyé le droit civil français pour formuler ce privilége? Les lois romaines lui sont venues en aide. Il y a trouvé des raisons et des textes. Il n'a pas hésité à se les approprier.

Les textes qui sont le champ de la discussion sont les lois 5, §§ 8 et 17, D., *de tributor. act.*; l. 10, D., *de pignorib.*, et 24, D., *quæ in fraudem creditor.* Elles me semblent victorieuses; elles attribuent formellement au gage une cause de préférence. « *Nisi fuerint credi-* » *tori pigneratæ, puto debere dici præferendos* » *domino jure pignoris.* » Il n'en a pas toujours fallu autant à la pratique pour marcher avec assurance dans des voies rationnelles.

95. Je dis qu'en France la cause du gagiste a toujours été une cause privilégiée, tant en matière civile qu'en matière commerciale. C'est pourquoi l'article 181 de la coutume de Paris disait : « Et n'a lieu la contribution quand le » créancier se trouve saisi du meuble qui lui a

[1] Art. 2080, etc.
[2] Disc. 187, n° 17. *Infrà*, n° 106.
[3] Casaregis, *loc. cit.* Marquard, *De jure mercator*, lib. 2, c. 9, n° 4. Deluca, *De credito*, disc. 10, nos 19 et 20; et disc. 22, n° 18. Scaccia, *De cambio*, § 2, gloss. 5, n° 438.
[4] T. I, n° 108. *Junge* Grenier, *Hypoth.*, nos 314 et suiv.
[5] *Infrà*, n° 92.
[6] Casaregis, disc. 126.
[7] Straccha, *De decoctorib.* (*pars ultima*, n° 11). Casaregis, disc. 168, nos 8, 9, 10, 11 et suiv.
[8] Loisel, III, 7, 8; IV, 6, 14. Coutume de Bourbonnais, article 68. Et coutume de Paris, article 181.

» été baillé en gage. » Telle est l'origine de notre article. La disposition en est confirmée par l'article 2102, n° 2, du Code civil, et par les articles 546, 547, 548, 93 et 95 du Code de commerce. Il n'y a, à cet égard, aucune spécialité dans le droit commercial; ce droit marche entièrement d'accord avec le droit civil.

96. Ce privilége donne au gagiste le droit d'être payé sur le prix de la chose de préférence aux autres créanciers. Il lui confère un droit réel, spécial et privilégié [1]. Ce droit, qu'il tire à la fois du contrat et de la possession, fait sa cause différente de celle des autres créanciers, lesquels sont égaux en droit sur les biens de leur débiteur insolvable et déconfit. Comment ceux-ci pourraient-ils exiger que le gagiste vienne avec eux à contribution sur la valeur de ce meuble engagé, puisqu'il ne se trouve plus dans la possession du débiteur commun, qu'il ne fait pas partie des meubles dont il est saisi, qu'il ne lui appartient, en un mot, qu'imparfaitement et sous la condition d'être purgé [2]?

97. Mais le gagiste n'a ce privilége qu'à la condition d'être saisi de la chose. Cette condition lui était imposée expressément par l'article 181 de la coutume de Paris. Elle est reproduite par l'article 2102, n° 2, du Code civil, et nous nous en occuperons spécialement dans le commentaire de l'article 2076. La possession lui est indispensable; c'est cette possession qui retire la chose des mains du débiteur, qui la soustrait à l'action de ses créanciers, et la met à part et dans une situation privilégiée. « *Si inter plures creditores quibus debitor res* » *suas in solidum obligavit, quæstio mercatur,* » *possidentis melior est conditio* [3]. » La possession est le fondement le plus sûr et l'indice le plus éclatant de son privilége. Sans elle, le créancier n'aurait aucune raison pour échapper à la loi de la contribution. C'est ce qui fait dire à Casaregis : « *Et similiter ob eamdem ra-* » *tionem, præferendus est pignoratarius super* » *pignore quod habet in manibus* [4]. »

98. Cette possession doit être certaine et non équivoque. Si elle était ambiguë, si les choses avaient été arrangées de manière à tromper les autres créanciers et à leur laisser croire que le débiteur restait toujours possesseur, le gage périclitcrait [5].

99. Mais cette possession doit-elle être une possession naturelle, réelle et actuelle? Ne peut-elle pas être une possession civile ou virtuelle? Brodeau enseigne que la possession civile n'est d'aucune considération [6]. Mais l'on verra dans notre commentaire de l'article 2076 que ceci ne saurait être admis sans explication [7].

Si, par exemple, on appelle possession civile celle qu'un négociant a d'une chose chargée sur un navire au moyen d'un connaissement passé à son ordre, Brodeau a tort; car il est reconnu que le négociant prêteur, saisi d'un connaissement passé à son ordre, est gagiste possesseur, et qu'on ne peut lui refuser la rétention et le privilége [8].

100. Le privilége du gagiste est très-favorable; nous montrerons tout à l'heure qu'il faut en écarter tous les préjugés irréfléchis qui viennent s'écrier que les priviléges ont une couleur odieuse.

Il l'emporte, par exemple, sur le droit du vendeur non payé d'un meuble [9]. C'est pourquoi un arrêt du parlement de Paris, du 10 mars 1587, a décidé que celui qui avait vendu une tapisserie à crédit ne pouvait pas la revendiquer sur le tiers à qui elle avait été donnée en gage par l'acheteur [10].

De même, si le vendeur non payé a expédié la marchandise sur le navire *l'Alexandre* pour les magasins de l'acheteur, et que celui-ci passe le connaissement à l'ordre d'un créancier qui lui aura prêté des fonds, ce dernier aura préférence sur le vendeur non payé [11].

101. Le vendeur a longtemps fait des efforts pour être préféré au gagiste; c'est surtout dans les matières commerciales que le débat a été vif et prolongé. Là, le vendeur rencontre sans cesse des intérêts contraires au sien. A peine la marchandise est-elle vendue, qu'elle devient sur-le-champ matière de crédit pour l'acheteur. Ce dernier l'expédie en consignation pour avoir des avances; il se fait faire des prêts dont elle est le nantissement et la garantie, et ceux qui la détiennent à ce titre font valoir leur droit réel et leur possession pour l'emporter sur le vendeur qui a suivi la foi de l'acheteur, qui s'est dessaisi, et qui, de confiance, a livré la chose vendue à celui qui n'en a pas payé le prix. A la vérité, le vendeur se retranche dans le droit sacré de propriété. Il prétend qu'il n'a vendu que sous la condition d'être payé, et que le non-payement entraînant résolution de la vente, la chose doit lui être restituée. Mais cette prétention est outrée. Je n'entrerai pas dans l'examen de la question qui consiste à savoir si la revendication accordée au vendeur non payé en cas de faillite ne découle pas du droit de demander la résolution de la vente.

[1] Brodeau sur Paris, art. 181, n° 3.
[2] Brodeau, *loc. cit.*
[3] L. 10, D., *de pignorib.*
[4] Disc. 120, n° 1; et disc. 56, n° 26.
[5] *Infrà*, n° 308.
[6] Sur l'art. 181 de la cout. de Paris, n° 4.
[7] *Infrà*, n° 309.
[8] Rouen, 29 novemb. 1838 (Devill., 39, 2, 34).
[9] Voy. l'article 576, C. de commerce, qui déclare que le vendeur ne peut revendiquer qu'en payant les avances faites par le commissionnaire nanti.
[10] Brodeau, *loc. cit.*
[11] Voy. un arrêt de la cour de Rouen du 29 novembre 1838 (Devill., 39, 2, 34, 35).

Je ne voudrais pas dire, avec Delamarre et Lepoitevin [1], et avec quelques orateurs qui ont pris part à la discussion de la loi des faillites à la chambre des députés [2], que la revendication n'est autre chose que la résolution de la vente; car il y a plus d'une différence théorique entre la revendication et la résolution, et ces deux droits ne sauraient être confondus [3]. Mais, soit qu'on veuille appeler résolution le droit du vendeur non payé, soit qu'on veuille lui maintenir le nom de revendication, il est certain, en droit français, que ni la revendication des meubles, ni l'action en résolution de vente des meubles, ne peuvent jamais avoir lieu au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur la chose vendue [4]. En fait de meubles, la possession vaut titre [5]. Or, le créancier gagiste qui a été investi d'un droit réel par le nantissement, et qui détient la chose par la possession, suite de ce nantissement, ne saurait voir son droit diminué par l'action en revendication ou en résolution du vendeur. La cause du gagiste est donc préférable à la cause du vendeur [6]. Il n'y a pas à hésiter.

102. Et cette vérité est surtout palpable en droit commercial. Car ce droit a rétréci, beaucoup plus que le droit civil, la faculté acquise au vendeur non payé de demander la résolution de la vente. D'après les principes du droit civil, la faculté de demander la résolution ne s'arrête que lorsque les tiers ont acquis un droit positif sur la chose. Mais tant que la chose est entre les mains de l'acheteur, la faculté de demander la résolution est générale et absolue [7]. En droit commercial, il n'en est pas ainsi. Il suffit que la marchandise soit entrée dans les magasins de l'acheteur pour que, devenue un des éléments de son crédit, le vendeur ne puisse plus la réclamer à aucun titre, ni à titre de revendication [8], ni à titre de résolution de la vente. La loi commerciale a un tel respect pour les tiers, elle veille avec tant de scrupule à la conservation de leurs droits, qu'alors même qu'ils n'ont rien acquis dans l'objet vendu, elle s'interpose en leur faveur et place sur la chose une sorte de mainmise, arrête l'action du vendeur, et retient l'objet vendu comme partie du capital actif de l'acheteur, comme gage de son crédit, comme appât offert à la confiance publique. Or, si la loi commerciale est si attentive aux intérêts des tiers dans un cas où ils n'ont sur la chose non payée aucun droit réel précis, s'il suffit que cette chose soit entrée dans le mouvement commercial des affaires de l'acheteur pour que le vendeur ne puisse la ressaisir, combien à plus forte raison ce vendeur doit-il être de condition peu favorable lorsque la chose a reçu une affectation spéciale par le nantissement reçu de bonne foi!

103. Ce n'est pas seulement sur le vendeur non payé que le gagiste a préférence; il l'emporte aussi sur le propriétaire locateur. En sorte que si le locataire a déplacé des meubles et les a donnés en gage, le propriétaire n'a ni droit de suite, ni droit de préférence au préjudice du gagiste [9].

104. Mais les priviléges généraux, tels que frais funéraires, frais de dernière maladie, etc., pourront-ils réclamer l'avantage sur le gagiste? Cette question, fort grave, partage les esprits. Je renvoie à ce que j'en ai dit dans mon commentaire des *Hypothèques* [10]. Je n'ajouterai ici qu'un mot. Ceux qui croient que le privilége du gagiste doit l'emporter disent qu'avec le système qui fait prévaloir les priviléges généraux sur les priviléges spéciaux, le gagiste pourra souvent en être réduit, au lieu de garantie, à en être pour les frais de son nantissement. De telles craintes sont exagérées. Ces rivalités sont plus rares qu'on ne se l'imagine. La théorie s'efforce de les mettre en relief pour se montrer prévoyante et attentive à tous les cas. Mais la pratique réalise très-rarement ces complications.

105. Quant aux matières commerciales, il faut reconnaître que si, en droit civil, le privilége général l'emporte sur le gage, la législation particulière au commerce paraît vouloir que le gagiste soit préféré à tout autre. Telle est la conclusion qui se tire des art. 546, 547 et 548 du Code de commerce. Le commerce a besoin de sécurités plus fortes; comme le disent Delamarre et Lepoitevin, *il lui faut du positif* [11]. Le gage commercial engendre donc un droit exclusif et un privilége de premier ordre.

106. Quoi qu'il en soit, on aperçoit par les développements contenus aux numéros 100, 101, 102 et 103, que le privilége du gagiste est fondé sur des raisons de haute utilité; il ne doit pas être traité avec défaveur. C'est cependant un lieu commun, mille fois répété dans les controverses du barreau, et même dans les arrêts, que l'égalité étant la loi natu-

[1] T. 2, nº 412.
[2] Voy. Saint-Nexent, *Traité des faillites*, t. 3, p. 2 et 3.
[3] Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, nº 193.
[4] Mon comm. de la *Vente*, t. 2, nºs 624, 665, 730, et 2e addition. Mon comm. des *Hypothèques*, t. 1, nº 193.
[5] *Suprà*, nº 72.
[6] Bruxelles, 13 novembre 1818. Rouen, 18 juillet 1827. Voy. ces arrêts dans la *Pasicrisie*, à leur date. Cassation, 1er décembre 1840 (Devill., 41, 1, 161).
[7] Art. 1654, C. civ.
[8] Art. 576, C. de comm.
[9] Bacquet, *Droits de justice*, ch. 21, nºs 284, 285. Brodeau sur Paris, art. 181, nº 4.
[10] Nº 74.
[11] T. 2, nº 387.

relle entre les créanciers frappés du désastre d'une faillite, le privilége du gagiste doit être plutôt restreint qu'étendu. A mon avis, il ne doit être ni diminué, ni élargi; mais il doit être accepté de bonne grâce et interprété avec équité. Répétons les graves paroles de Casaregis : *Si mercator sub pignore mutuans... non esset potior in rebus pigneratis... impediretur aut turbaretur mercaturæ libertas* [1]. Les opérations de prêt sur gage et d'avances sur consignation sont journalières dans le commerce; elles produisent une circulation vive de la marchandise; elles sont favorables, dit Valin, et doivent être protégées [2]. Sans ces avances, la matière commerciale resterait inerte et paralysée. Mais les avances ayant pour condition l'envoi de la marchandise font sortir celle-ci de son inertie; les expéditions se multiplient d'une place sur une autre; les échanges deviennent fréquents, et l'activité des transactions n'est jamais ralentie.

Quant au principe d'égalité entre créanciers, il est sans doute fort respectable; mais il ne faut pas le gâter par trop d'affectation. La sagesse juridique a dit avec beaucoup d'à-propos : *Vigilantibus jura scripta sunt*. Cette maxime est éternellement vraie, et, dans toutes les situations de vie, il y a une inégalité, fondée sur la nature des choses, entre celui qui a fait sa condition meilleure par sa vigilance, et celui qui s'est laissé déchoir par son imprévoyance. Un navire fait naufrage; je sauve ma personne et mes effets par mon adresse et mon courage. Celui qui n'a sauvé que sa personne viendra-t-il exiger que je partage avec lui ma chose arrachée à la fureur des flots? Non sans doute! Pourquoi donc le créancier qui a traité sur parole et sans garantie exigerait-il que sa condition fût aussi bonne que celle du père de famille prudent et bien avisé qui a pris de sages précautions, et qui par sa prévoyance a échappé au désastre? L'égalité serait ici une injustice.

107. Nous disons donc qu'il ne faut pas amoindrir le privilége du gagiste par des restrictions tracassières et des subtilités de droit strict. Notre règle, à nous, c'est de lui être équitable; nous repoussons tout ce qui gênerait son développement dans le cercle tracé par la loi civile, par la raison juridique et par l'utilité commerciale.

108. Mais à quelle condition existe le privilége du gagiste? On comprend que la loi a dû craindre les fraudes des débiteurs et les complaisances de leurs complices; elle a donc voulu de bonnes preuves établissant, à l'égard des tiers, l'existence du gage, de cet acte qui diminue le gage commun des créanciers et enlève un objet important à l'actif de leur débiteur [3].

C'est pourquoi l'ordonnance de 1673, tit. 6, articles 8 et 9, portait ce qui suit : « Aucun » prêt ne sera fait sous gages qu'il n'y en ait » un acte par-devant notaires, dont sera retenu » minute, qui contiendra la somme prêtée et » les gages qui auront été délivrés; à peine de » restitution des gages, à laquelle le prêteur » sera contraint par corps, *sans qu'il puisse » prétendre de privilége sur les gages, sauf à » exercer ses autres actions.*

» Article 9. Les gages qui ne pourront être » exprimés dans l'obligation seront énoncés » dans une facture ou inventaire, dont sera » fait mention dans l'obligation; et la facture » ou inventaire contiendra la qualité, quantité, poids et mesures des marchandises ou » autres effets donnés en gage, sous les peines » portées par l'article précédent. »

Ces dispositions ne sont que le développement de règles posées longtemps auparavant par les jurisconsultes et les ordonnances. On cite [4] un arrêt de règlement du parlement de Paris du 25 novembre 1599, l'ordonnance de 1629 [5] et l'ordonnance de 1667, etc., etc. On voulait empêcher les fraudes, si faciles à commettre en cette matière par simulation de contrats, ou par substitutions d'effets précieux à des effets modiques donnés primitivement. On voulait aussi qu'en cas de faillite du débiteur, la date du contrat fût assurée [6].

109. Mais, comme Pothier [7] le fait observer avec Jousse, les formalités requises par l'ordonnance de 1673 ne regardaient que les tiers; les parties contractantes n'étaient pas reçues à en opposer l'inobservation. Entre parties contractantes, le nantissement n'était soumis qu'aux preuves ordinaires; rien de spécial n'était exigé. Ainsi l'a jugé un arrêt du parlement de Paris du 27 janvier 1706 [8].

110. C'est dans ces idées qu'a été conçu l'article 2074 du Code civil. « S'il ne s'agit que » de l'effet que doit avoir la convention entre » le créancier et le débiteur, les règles suivant » lesquelles la vérité de cette convention doit » être établie sont celles prescrites par la loi » des *contrats et obligations conventionnelles » en général.* Mais si cette convention doit être » opposée à des tiers, si le détenteur du gage » réclame au préjudice de ces tiers le privilége » que la loi lui assure, il faut alors que la re- » mise de ce gage, ou la convention dont elle » est l'effet, ait une date certaine qui exclue » toute idée de fraude et de collusion entre ce » détenteur et le propriétaire du gage. Sans

[1] *Suprà*, nº 89.
[2] T. 1, p. 610.
[3] *Infrà*, nºs 111, 115, 116.
[4] Boiceau sur Danty, p. 77. Brodeau sur Paris, art. 181, nº 7.
[5] Art. 48.
[6] Voy. *infrà*, nº 115, ce que je dis de la manière relâchée dont cette ordonnance fut exécutée.
[7] *Nantissement*, nº 17.
[8] Rogues, ch. 26.

» cette précaution, un débiteur infidèle, au » moment où il verrait que ses effets mobiliers » vont être mis sous la main de la loi, par» viendrait, par des intelligences criminelles, » à les soustraire à l'action de ses créanciers. » Ces excellentes paroles sont celles de Gary, organe du tribunat [1].

111. Telles sont les raisons qui ont déterminé le législateur à exiger que le privilége ne pût être invoqué qu'autant que le créancier serait porteur d'un acte public, ou d'un acte sous seing privé dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leur qualité, poids et mesure. On a voulu que la date du gage fût constante à l'égard des tiers; on a voulu que la complaisance d'un ami ne se prêtât pas à des dépôts mensongers; on a voulu que le gage eût une certitude, non-seulement quant à sa date, mais encore quant aux objets qu'il comprend et aux sommes dont il est la garantie. On a pensé que la nécessité de rédiger un acte notarié ou enregistré mettrait obstacle aux simulations, et que les mentions exigées dans cet acte seraient un obstacle pour la fraude [2].

112. Toutefois, même à l'égard des tiers, la rédaction de l'acte n'est exigée qu'en matière excédant 150 fr. Quand un intérêt est si minime, une protection exagérée tourne contre son propre but. L'ancienne jurisprudence l'avait pareillement compris. Ce n'est qu'à ceux qui prêtaient sur gages des sommes excédant 100 livres qu'il était prescrit de passer reconnaissance du prêt [3]. Les petites affaires ne doivent pas être entravées par de grandes formalités; ce serait enlever aux pauvres l'usage de contrats souvent très-utiles. Les formalités se payent cher; il ne faut pas les imposer facilement à ceux qui n'ont pas d'argent pour payer. Ces affaires, d'ailleurs, ont besoin de marcher avec rapidité; il y a toujours eu pour elles des exceptions dans la législation.

113. Mais, à part le cas où l'intérêt n'excède pas 150 fr., l'article 2074 gouverne les prêts civils accompagnés de nantissement.

114. Et comme on n'a pas toujours compris la portée de cet article 2074, comme il est trop souvent arrivé qu'on a essayé de lui donner un sens absolu, nous insistons sur l'idée de Pothier [4] et de Gary [5] que nous rappelions tout à l'heure et qui est fondamentale en cette matière.

Quand les choses se passent entre le créancier gagiste et le débiteur, rien ne force à sortir des termes du droit commun. Si l'affaire est civile, on s'en rapporte aux preuves admises dans l'ordre civil; si l'affaire est commerciale, on suit les principes relatifs à la preuve des obligations commerciales. Les présomptions et la preuve testimoniale sont reçues pour prouver l'existence du gage. Il n'y a pas de raison pour mettre le contrat de gage dans une classe exceptionnelle et pour exiger que la preuve de son existence ressorte de manifestations particulières. Plus cette vérité a été constatée, plus elle est devenue constante dans la jurisprudence civile et commerciale. Elle est surtout consacrée par un arrêt de la cour de cassation du 31 mai 1836 [6], qui maintient très-nettement, dans la matière du gage, les principes ordinaires sur la preuve testimoniale des engagements commerciaux [7].

Mais quand le débat, au lieu d'exister entre les parties contractantes, se produit entre le créancier gagiste et un autre créancier contre lequel le premier réclame préférence et privilége, alors s'ouvre un autre ordre d'intérêts et commence une sérieuse difficulté. Le gage diminue le patrimoine du débiteur; il a pour but de retrancher de son actif saisissable par les tiers un objet qui, sans lui, leur servirait de recours; il les prive de la part contributive qui leur aurait appartenu dans le prix. Il fallait donc que le contrat de nantissement fût environné de formes rassurantes pour les tiers, afin de ne pas favoriser les gages frauduleux et les collusions.

C'est pour ce cas qu'est fait l'article 2074 du Code civil. Il a été édicté dans l'intérêt des tiers. Il n'est pas la condition de l'action pigneratice contraire du gagiste contre le débiteur; mais il est la condition *sine qua non* de l'exercice de son privilége à l'encontre des tiers.

115. Ceci entendu, nous arrivons sur-le-champ à une des plus graves questions que nous offre ce commentaire. L'article 2074 est-il la règle des affaires commerciales comme il est la règle des affaires civiles?

Au moment où le Code civil a été promulgué, le gage commercial était gouverné, comme les affaires civiles, par les articles 8 et 9 de l'ordonnance de 1673 [8]. On avait voulu venir au

---

[1] Fenet, t. 15, p. 215.

[2] *Infrà*, nº 115. Les formalités prescrites par l'article 2074 du Code civil, pour donner au contrat de nantissement les effets que la loi y attache, n'ont pas été abolies par l'article 24 de la loi financière du 11 fév. 1816.

L'usage, quelque général qu'il soit, ne saurait remplir les formalités que la loi requiert pour le nantissement, ni produire les effets qu'elle fait dépendre de leur accomplissement. — Br., 28 juillet 1831, *J. de B.*, 1831, 1, 354. *J. du* XIXᵉ *s.*, 1831, 3, 165.

[3] Danty, p. 77.

[4] *Suprà*, nº 109.

[5] Nº 110.

[6] Devill., 36, 1, 853 (Dalloz, 36, 1, 378).

[7] Art. 1353, C. civ., 12 et 109, C. de comm. Voy. Pothier, *Nantissement*, 17. Paris, 31 août 1836 (Dall., 37, 2, 7). Bordeaux, 28 août 1840 (Devill., 41, 2, 170).

[8] *Suprà*, nº 108. Voy. Savary, t. 1, p. 438, 439.

secours des tiers dans les cas de faillite, et prévenir les recels fréquents en pareil cas [1]. Il y avait aussi un autre abus : il n'était que trop ordinaire de voir des créanciers, nantis de gages et ayant de quoi se faire payer, se montrer aux assemblées des créanciers, et partager avec eux, au sou la livre, le reste des effets du débiteur commun ; en sorte que *ces individus tiraient d'un sac deux moutures* [2]. Et si par ce moyen ils obtenaient d'être payés de la totalité de leur dû, ils n'avaient pas scrupule de remettre au failli le gage qui était cependant devenu la propriété du syndicat. Mais, au moyen de l'acte exigé par l'ordonnance, les faillis ne pouvaient cacher à leurs créanciers les marchandises et effets donnés en gage ; de plus, il leur était plus difficile de trouver des recéleurs ; car l'ordonnance supposait que quiconque, ayant dans ses mains les effets d'un négociant failli, ne présenterait pas un acte de gage, était un recéleur de plein droit ; et dès lors les créanciers sérieux avaient intérêt à séparer leur cause de celle de ces complaisants.

116. Toutefois, cette ordonnance, quelque générale qu'elle fût, n'était pas appliquée à la rigueur. La pratique l'avait non-seulement tempérée, mais encore énervée et modifiée, et on tenait qu'elle ne concernait que les usuriers et les prêteurs de mauvaise foi ; on prenait en considération la bonne foi du créancier et les circonstances dans lesquelles le gage avait été donné [3].

117. Il y avait aussi certains cas dans lesquels la bonne foi se présumait de plein droit, tellement qu'on n'avait jamais pensé à les assujettir à l'ordonnance de 1673 ; car cette ordonnance n'était pas censée embrasser toutes les consignations que le mouvement commercial fait naître dans son infinie variété. Le commerce en aurait été trop gêné ; on avait voulu le protéger en protégeant la bonne foi, mais non l'étouffer sous des entraves. Ainsi, lorsqu'il y avait expédition de place en place de marchandises envoyées en consignation, le privilége du créancier qui avait fait des avances pouvait résulter d'autre chose que de l'acte en forme prescrit par les articles 8 et 9 de l'ordonnance de 1673. C'est ce qu'enseigne Valin en invoquant la pratique constante du commerce, et en rappelant combien il importe de protéger, par des formes faciles et promptes, les opérations qui *produisent la circulation vive du commerce* [4].

118. Tel était donc l'état des choses quand parut le Code civil.

Ce qu'il y a de remarquable, c'est qu'après avoir foodu dans les dispositions de l'art. 2074 les articles 8 et 9 de l'ordonnance de 1673, il déclare dans l'article 2084 ce qui suit :

« Les dispositions ci-dessus ne sont applica-» bles ni aux matières de commerce, ni aux » maisons de prêts sur gage, etc., etc. »

La raison de cette différence entre le droit civil et le droit commercial est prise de haut par Gary. Le commerce est lié à des *vues supérieures de politique et d'administration ; il se régit par des règles qui lui sont propres* [5].

Le Code civil a donc entendu laisser le commerce sous l'empire des règles qui lui sont propres ; il n'a pas voulu le faire fléchir sous la rigueur inexorable du droit civil.

Il suit de là que, tant que le Code de commerce n'a pas été publié, le nantissement commercial est resté régi par l'ordonnance de 1673, affaiblie par les modifications profondes que les usages du commerce avaient sanctionnées pour certains cas très-nombreux et très-importants. Il doit être clair pour tout le monde que le Code civil n'a pas voulu qu'une règle aussi étroite et aussi rigoureuse que celle de l'article 2074 fût absolument étendue au commerce. Il a donc laissé le gage commercial sous l'influence des usages et des adoucissements apportés par la pratique à l'ordonnance de 1673.

119. Le Code de commerce est venu. On s'attendait à le voir poser des règles claires et précises sur les formalités du gage. S'il n'a pas réalisé ces espérances d'une manière assez explicite, il l'a fait d'une manière au moins suffisante dans les articles 93 et 95 ; et quand on s'est bien pénétré de l'esprit de ces articles, on ne peut qu'applaudir à l'éminente sagesse de leurs dispositions. Je sais que la jurisprudence a longtemps tâtonné avant de s'en approprier le sens. Les arrêts y sont si nombreux que c'est avec beaucoup de raison que Delamarre et Lepoitevin ont dit que c'était à s'y perdre [6] ; mais, après s'y être perdu, on se retrouve, et on se retrouve, au sortir de cette étude, plus fort, plus éclairé, plus maître de son sujet.

Je formulerai tout de suite l'opinion que je me suis faite du droit commercial en matière de nantissement, opinion que je soutiens être la seule vraie, la seule en harmonie avec les textes et avec les usages et les intérêts du commerce.

120. L'article 2074 du Code civil, déclaré inapplicable au droit commercial par l'article 2084, est devenu, par l'article 93 du Code de commerce, l'un des textes auxquels ce droit est assujetti. Mais l'article 2074 ne gouverne pas le gage commercial d'une manière générale et absolue, comme il régit le droit civil. Il ne

[1] Savary, t. 1, p. 438, 439.
[2] *Id.*
[3] Despeisses, t. 1, p. 251, *Du gage*, sect. 2. Lecamus, sur l'art. 181 de la cout. de Paris. Jousse, sur les art. 8 et 9 de l'ordonn. Bognes, t. 1, ch. 26, nº 1. Duparc-Poullain, t. 7, p. 332, dit même (en s'en plaignant) : « Cet article s'observe avec si peu » d'exactitude qu'on pourrait en quelque sorte le » regarder comme hors d'usage. »
[4] T. 1, p. 610.
[5] Fenet, t. 15, p. 219.
[6] T. 2, nº 400.

le régit que dans le cas défini par l'article 95 précité, c'est-à-dire lorsque le prêteur et l'emprunteur habitent le même lieu et que la chose placée sous leur main est susceptible d'un déplacement simulé ou frauduleux; et encore y a-t-il quelques exceptions à cette règle. Dans tous les autres cas, le gage commercial échappe à l'influence de l'article 2074 du Code civil. Il se prouve, comme tous les autres contrats commerciaux, par les moyens indiqués par les articles 12 et 109 du Code de commerce [1].

Et comment l'article 2074 pourrait-il dépasser le cercle que l'article 95 a tracé autour de lui? Déclaré étranger aux matières commerciales par l'article 2084 du Code civil, il n'a eu accès dans ce domaine que par l'article 95 du Code de commerce. Mais cette adoption de l'article 2074 par le Code de commerce n'a pas été sans condition. L'article 95 lui a assigné un rôle restreint; il ne saurait sans usurpation en jouer un plus étendu. Remarquons-le bien! l'article 2074 n'est pas, par lui-même, un de ces textes qui sont l'expression d'un droit commun et servent de guide au juge partout où une loi spéciale n'y a pas dérogé. L'article 2074 n'est rien, par sa propre vertu, pour le droit commercial; l'article 2084 du Code civil l'a mis hors de cause. Il n'a été introduit dans ce droit que sous bénéfice d'inventaire; il n'y a obtenu qu'une force d'emprunt, grâce à l'article 95 du Code de commerce. Il n'a pas un horizon plus vaste que celui que cet article 95 lui a fait.

121. Voilà pourquoi il serait bien oiseux de mettre ici à l'ordre du jour la question de savoir si le Code civil est, pour le commerce, une loi fondamentale à laquelle il faut toujours revenir quand le droit commercial n'a pas de disposition contraire. J'ai discuté ailleurs cette question avec les savants auteurs du *Traité du contrat de commission* [2], et je persiste plus que jamais, quoi qu'ils en disent [3], dans l'opinion que le Code de commerce n'est qu'une grande exception au Code civil, et que c'est au Code civil qu'il faut en revenir comme à la base du droit, toutes les fois que le commerce ne trouve pas dans son Code ou dans ses usages des règles spéciales. Cette thèse a été fortifiée par Alauzet d'une manière si remarquable, que je la crois désormais hors de toute controverse [4]. Mais elle n'est ici d'aucune utilité, et l'on ne saurait l'introduire dans ce débat sans embrouiller de plus en plus une question déjà fort difficile par elle-même. Et pourquoi faut-il la rejeter comme un hors-d'œuvre déplacé? Parce que l'art. 2084 du Code civil a expressément déclaré que si l'art. 2074 du Code civil est le droit commun des gages civils, il n'est pas la règle des gages commerciaux; parce que le droit commercial a été maintenu dans ses priviléges exceptionnels; parce que l'article 2074, plus tard accepté en partie par l'art. 95 du Code de commerce, n'a de valeur, de force, d'étendue, que celles que l'art. 95 lui a communiquées.

122. En sorte que voici la position : voulez-vous sortir de l'art. 95 du Code de commerce et vous élever à d'autres cas? En vertu de quoi pourriez-vous les assujettir à l'art. 2074 du Code civil? Serait-ce au nom du droit commun? Mais l'art. 2084 est toujours là avec son mur de séparation entre l'art. 2074 et le droit commercial. Sans doute l'art. 95 du Code de commerce a fait une brèche à l'art. 2084; il a pris l'art. 2074 par la main et lui a fait une place dans le droit commercial. Mais que cette place lui suffise; qu'il n'oublie pas les conditions de sa naturalisation, et la qualité d'étranger qui lui a été laissée pour le surplus.

Si donc il arrive que le gage soit contracté hors des termes de l'art. 95 du Code de commerce, l'art. 2074 reste frappé d'impuissance par l'art. 2084; il n'atteint pas une telle convention. Le droit commercial se suffit à lui-même. Il a ses règles sur la preuve des obligations; il a ses usages consacrés. Ce sont eux qui décident à quelles conditions existe la validité de ce nantissement.

123. Quoique la vérité de cette thèse ressorte avec évidence de la combinaison des art. 2074, 2084 du Code civil, 93 et 95 du Code de commerce, elle acquiert un bien plus haut degré de force par la loi du 8 septembre 1830 à laquelle on n'ont pas fait assez attention ceux qui jusqu'à ce jour ont discuté notre question. Ce monument législatif est topique et péremptoire; il interprète le Code; il donne son véritable esprit; il faudrait être bien obstiné pour ne pas s'y rendre [5].

Cette loi, qui réduit à un droit fixe de deux francs le droit d'enregistrement des actes de prêt sur consignation, porte ce qui suit dans son article unique [6] :

« Les actes de prêt sur dépôts ou consignations de marchandises, fonds publics français, et actions des compagnies d'industrie ou de finance, *dans les cas prévus par l'art. 95 du Code de commerce*, seront admis à l'enregistrement moyennant un droit fixe de deux francs. »

Auparavant, les actes de prêt sur consignation étaient frappés du droit de un pour cent [7]. Le commerce éprouvait de la gêne par suite de cette fiscalité; il fallait venir à son secours, surtout dans un moment où une crise

[1] *Infrà*, nº 177.
[2] *Revue de législation*, t. 16, p. 47.
[3] Voy. leur t. 3, nºs 15 à 17.
[4] Voy. *Revue de législ.*, t. 21, p. 323 et suiv.
[5] *Infrà*, nº 179.
[6] Voy. là-dessus Championnière et Rigaud, t. 4, nº 3775.
[7] Art. 69, § 1, nº 3, de la loi du 22 frimaire an VII.

commerciale rendait les prêts fort difficiles. Eh bien! que fait le législateur? Suppose-t-il que tous les contrats de gage quelconques, passés entre commerçants, doivent être rédigés en acte? Son point de départ est-il que, dans le droit commercial comme dans le droit civil, tout nantissement doit être rédigé par écrit dans la forme de l'art. 2074 du Code civil? Non sans doute. Il suppose, au contraire, que ce n'est que dans les cas indiqués par l'art. 95 du Code de commerce que l'acte de prêt sur dépôt et consignation est de rigueur; et c'est par cette raison décisive qu'il ne réduit le tarif que pour l'acte rédigé conformément à l'art. 95 du Code de commerce; car il sait bien que, dans tous les autres cas, le prêt sur consignation n'est pas rédigé en acte, qu'il s'établit par la correspondance, et qu'il n'y a pas de droit à percevoir.

Ceci posé, je dis qu'il y a là une interprétation législative dont la valeur ne saurait être méconnue. Le sens de cette loi est que l'acte de prêt sur gage tarifé par l'enregistrement n'est requis que dans le cas prévu par l'art. 95 du Code de commerce; si dans d'autres cas commerciaux, étrangers à l'art. 95 du Code de commerce, il avait fallu un acte de prêt sur gage, la loi du 8 septembre 1830 n'aurait pas manqué d'en parler nommément, pour que la mesure fût générale et le bénéfice égal pour tous. Mais non! ni dans le droit, ni dans la pratique, les prêts sur consignation, étrangers à l'art. 95 du Code de commerce, n'ont besoin de l'acte prescrit par l'art. 2074. Il n'est donc pas nécessaire de s'en occuper, et voilà pourquoi la loi ne s'en occupe pas. Voilà pourquoi elle ne s'inquiète que des cas prévus par l'article 95. Eux seuls, en effet, rendent indispensable l'emploi des formalités de l'art. 2074 du Code civil; eux seuls donnent lieu à des enregistrements. Eux seuls, par conséquent, ont dû se présenter à la pensée du législateur.

124. Sans doute, s'il arrivait que, par excès de précaution, des négociants placés en dehors de l'article 95 du Code de commerce voulussent passer acte d'un prêt sur consignation, on ne refuserait pas à cet acte le bénéfice de la loi du 8 septembre 1830. Mais ceci n'est pas un argument contre les inductions que nous tirons de cette loi. La question n'est pas de savoir si la loi de 1830 doit être étendue des cas obligatoires aux cas qui ne le sont pas. La difficulté est tout autre. Elle consiste à expliquer pourquoi la loi de 1830, faite en grande connaissance de cause et sur les instances réitérées de la chambre de commerce de Paris, a gardé le silence sur les consignations non prévues par l'article 95 du Code de commerce. Eh bien! je prétends que ce silence a été réfléchi; je prétends que l'on n'a parlé de l'article 95 du Code de commerce que parce que le législateur, écho des usages commerciaux et souverain interprète des textes, a su qu'en dehors de l'article 95 du Code de commerce, il n'y avait pas d'acte à passer nécessairement et de tarif à réduire.

125. Tout l'établit donc victorieusement : l'article 2074 n'a qu'une part restreinte et limitée dans le gouvernement des consignations commerciales. Il ne s'applique qu'au cas prévu par l'article 95 du Code de commerce, sans lequel il serait à jamais resté étranger au commerce.

126. C'est cependant une maxime vulgairement répandue dans nos livres que les règles tracées par l'article 2074 du Code civil pour la validité du nantissement sont applicables aux matières de commerce [1]. Mais rien ne serait plus faux que cette proposition si on voulait lui donner un sens absolu; elle n'est vraie qu'à la condition de restrictions et de réserves qui lui ôtent tout caractère de généralité.

Le point de départ en cette proposition est un arrêt de la cour de cassation du 5 juillet 1820; il faut en bien connaître l'espèce. J'en puise les détails dans les minutes du greffe de la cour de cassation.

127. François Pascal, négociant à Lodève, étant débiteur d'un billet de 2801 fr., avait remis à Fournier, aussi négociant à Lodève, son créancier, vingt-quatre pièces de drap blanc pour lui servir de gage. Cette consignation, ainsi que l'opération dont elle était la conséquence, était prouvée par les livres de commerce et la correspondance. Mais le gage n'avait pas été contracté suivant les formalités prescrites par l'article 2074 du Code civil. Pascal fit faillite, et ses syndics réclamèrent la restitution des vingt-quatre pièces de drap; ils l'obtinrent du tribunal de commerce de Lodève. Sur l'appel, la cour royale de Montpellier décida que le nantissement prouvé par les livres et la correspondance n'avait pas besoin de la preuve solennelle exigée par l'article 2074; que le gage commercial est formellement dispensé, par l'article 2084 du Code civil, des solennités exigées par l'article 2074; que les contrats commerciaux se prouvent par les voies indiquées par l'article 109 du Code de commerce; qu'il n'y a pas d'exception à cet égard pour le gage; qu'à la vérité l'article 95, dans le cas précis qu'il a en vue, renvoie à l'article 2074 du Code civil, et exige l'accomplissement de ses formalités; mais que cet article 95 est spécial pour le commissionnaire;

[1] Duranton, t. 18, n° 523. Pardessus, n° 1203. Zachariæ, t. 3, p. 169, note 3, § 433. Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n°s 170 et 178. Dalloz, *Nantissement*, p. 398; édit. belge, t. 20, p. 225. Devilleneuve, note sur un arrêt de Douai (39, 2, 67). Esnault, des *Faillites*, t. 2, n° 520.

qu'il laisse tous les autres créanciers gagistes sous l'empire du droit commun commercial [1].

Les syndics se pourvoient en cassation. Voici l'arrêt de cassation qui fait triompher leur pourvoi; il faut en peser les expressions :

« Considérant qu'aux termes des art. 2073 » et 2074 du Code civil, le privilége résultant » du nantissement n'a lieu qu'autant qu'il a » été fait par acte public ou sous seing privé » dument enregistré; que cette disposition du » Code civil, conforme à ce qui était prescrit » dans l'ancienne législation commerciale par » l'article 8, titre 6 de l'ordonnance de 1673, » est maintenant applicable à tous les nantis» sements sans distinction, comme toutes les » lois composant le Code civil le sont dans tous » les cas où il n'y a pas été dérogé par une loi » spéciale;

» Que la preuve que cette disposition du » Code civil est maintenant applicable aux nan» tissements en matière commerciale résulte » encore, soit de ce que l'exception qui dans » l'article 2084 avait été faite aux articles 2072 » et 2074, relativement aux lois particulières » au commerce dont il ordonnait l'exécution, » est devenue sans objet par l'abrogation que » l'article 2 de la loi du 15 septembre 1807 a » prononcée des lois anciennes du commerce; » soit de ce que le Code de commerce, qui a » remplacé ces lois anciennes et qui a été pro» mulgué postérieurement au Code civil, ne » contient ni exception ni dérogation aux arti» cles 2073 et 2074 dudit Code; soit enfin de » ce que, après avoir statué par l'article 535 » du Code de commerce que les seuls créan» ciers *valablement nantis* auront le privilége, » le législateur a déclaré, dans l'article 95 du » même Code, que les commissionnaires rési» dant dans le même lieu que leur commettant » n'auraient privilége sur les marchandises » déposées et consignées, qu'en se conformant » aux dispositions prescrites par le Code civil » pour les prêts sur gage ou nantissement;

» Que de là il suit qu'en accordant au sieur » René Fournier le privilége d'être payé avant » les autres sur le prix des vingt quatre pièces » de drap qui lui avaient été remises en nan» tissement par François Pascal, quoique n'y » ayant pas eu d'acte public ou sous seing » privé de ce nantissement, et qu'ainsi Foue» nier ne fût pas valablement nanti, la cour » royale a fait une fausse application tant de » l'article 2084 du Code civil que de l'art. 109 » du Code de commerce, sur lesquels elle a » motivé sa décision, et expressément violé les » articles 2073, 2074 du Code civil et l'art. 535 » du Code de commerce;

» Par ces motifs, casse, etc., etc. »

Cet arrêt a joué un grand rôle dans la matière qui nous occupe. A côté d'arguments qui attestent une rédaction inexpérimentée, il contient des idées vraies; il était digne de faire sensation par la gravité et le développement de ses motifs. Mais il ne faut pas lui donner une portée exagérée; nous devons donc nous y arrêter quelques instants pour le bien étudier.

128. Un point de fait important, décisif, est laissé dans l'ombre dans les notices des arrestographes. Le déposant et le dépositaire habitaient-ils la même ville? Cette circonstance est capitale, et cependant les recueils d'arrêts ne s'en sont pas inquiétés! Il est certain pourtant qu'elle se réalisait dans les faits de la cause, et son existence, soupçonnée par Delamare et Lepoitevin [2], m'a été démontrée par la lecture des qualités que j'ai prise sur la minute. Pourquoi d'ailleurs l'arrêt de cassation aurait-il cité l'art. 95 du Code de commerce? On sait que cet article subordonne la nécessité des formes prescrites par l'art. 2074 du Code civil au cas où le commettant et le commissionnaire habitent la même ville. L'article 95 aurait donc été rappelé à faux par la cour de cassation si le prêteur et l'emprunteur eussent habité des places différentes. Il est si vrai que le prêteur et l'emprunteur habitaient la même place, la ville de Lodève, il est si vrai que cette condition de l'article 95 était concédée comme incontestée, que la cour de Montpellier n'a éludé l'application de cet article, dont elle sentait tout l'embarras, qu'en le déclarant exclusivement applicable au commissionnaire et non aux autres négociants qui font des prêts sur consignation.

Si donc on prend pour point de départ que le prêteur et l'emprunteur étaient, en fait, sur la même place, je n'ai que la plus complète approbation à donner, au fond, à l'arrêt du 5 juillet 1820. Oui, il est certain qu'en pareil cas le contrat de gage commercial n'est valable qu'autant que les parties se conforment à l'article 2074 du Code civil. Alors tombent les preuves habituelles du droit commercial. Alors deviennent inutiles les livres, la correspondance, les présomptions qui ordinairement ont tant de puissance dans le droit commercial. L'article 95 du Code de commerce ne s'en contente plus; il fait exception au droit commun et aux usages commerciaux; il veut que le fait commercial soit gouverné par l'article 2074 du Code civil.

129. Nous sommes donc les premiers à nous ranger sous la bannière de l'arrêt du 5 juillet 1820, en tant qu'il ne concerne que le cas où le prêteur et l'emprunteur habitent la même place. Nous condamnons les arrêts qui ont jugé le contraire [3]. Ces arrêts ont commis la plus

---

[1] Ce dernier considérant est très-mauvais. L'article 95 du C. de comm. n'est pas limitatif, et ce qui le prouve c'est la loi du 8 sept. 1830 citée au n° 123. Voy. *infrà*, n° 147.

[2] T. 2, n° 399.

[3] Voy. mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 178.

grande de toutes les erreurs lorsqu'ils ont pensé que l'art. 95 devait être renfermé dans le cas unique d'un contrat de commission. L'art. 95 n'est que démonstratif, il n'est pas limitatif. Il est applicable, indépendamment de la qualité des personnes, à tous les cas analogues, à tous les nantissements donnés sans expédition à un créancier qui habite une place, par un débiteur qui habite cette même place. La loi du 8 septembre 1830 est décisive à cet égard; elle interprète souverainement l'art. 95, et fixe son véritable sens [1].

130. Mais, en approuvant au fond l'arrêt du 5 juillet 1820, je ne puis m'empêcher de dire que la rédaction n'en est pas tout à fait satisfaisante. Il se sert d'expressions trop générales et ayant trop de portée. Il introduit l'art. 2074 dans le droit commercial par une voie trop large; au lieu de se contenter de la porte ouverte par l'art. 95 du Code de commerce, il fait un effort déplacé pour faire entrer l'article 2074 par toutes les issues et à titre de droit commun. C'est là une tentative reprochable; l'idée n'en est pas juste. Il faudra bientôt en rabattre et tenir un langage plus réservé. Non! il n'est pas vrai que l'art. 2074 soit le droit commun en matière commerciale! Il n'est pas vrai qu'il aille au delà de l'art. 95 du Code de commerce. L'art. 2084 fixe son caractère. Il n'est pas permis de s'en écarter.

131. Les arrêts qui ont suivi le mémorable arrêt de 1820 et confirmé sa jurisprudence sont également rendus dans des cas où il n'y avait ni expédition de la marchandise engagée, ni diversité de domicile des parties [2]. Il ne leur manque qu'une chose pour être dignes de l'approbation du jurisconsulte, ce sont de bons motifs. Quoi de plus bizarre, par exemple, que cette argumentation d'un jugement du tribunal de commerce d'Arras, confirmé par arrêt de la cour royale de Douai : « Attendu que les » lois et règlements auxquels se réfère l'arti- » cle 2084 du Code civil ont été abrogés par la » loi promulgative du Code de commerce; que, » par suite, l'art. 2074 dudit Code est devenu » le droit commun pour le nantissement tant » en matière commerciale qu'en matière ci- » vile [3] »? J'en demande bien pardon aux auteurs de ce jugement; de ce que les lois commerciales auxquelles se réfère l'art. 2084 ont été abrogées par le Code de commerce, il ne s'ensuit pas que ce même Code n'ait pas tracé des règles spéciales pour le gage commercial. Et, en effet, comment la cour de Douai peut-elle oublier les art. 93 et 95 du Code de commerce? Je sais, du reste, que ce considérant est une reproduction de l'argument contenu dans l'arrêt de la cour de cassation du 5 juillet 1820. Mais, en quelque lieu qu'il soit, cet argument est vicieux et inconsidéré. On ne saurait le laisser passer sans critique. Comment! parce que les lois commerciales auxquelles l'art. 2084 a fait allusion ont été abrogées par la loi du 15 septembre 1807, on ira conclure que l'art. 2074 les remplacera de plein droit, lui, déclaré inapplicable aux matières de commerce par ce même art. 2084! Mais est-ce donc que le droit commercial est sans règle sur la preuve des obligations? Est-ce que c'est une terre vierge où tout est à créer? Est-ce que le Code de commerce n'a pas à cet égard sa théorie complète, et tous les jours pratiquée?

132. La cour de cassation est revenue sur cette question dans un arrêt plus récent, et voici la pensée qui paraît en ressortir :

Toutes les fois que le prêt sur gage est fait dans des conditions analogues à celles des art. 93 et 95 du Code de commerce, il faut appliquer le droit dont ces articles sont l'expression. Peu importe que le créancier gagiste soit un prêteur ou un commissionnaire : les art. 93 et 95 du Code de commerce seront appliqués; ils ne sont pas limitatifs quant à la qualité des personnes. Ce n'est pas de la qualité des personnes que dépend la validité du gage; elle dépend des circonstances dans lesquelles le prêt est fait [4].

Or, que faut-il surtout, d'après l'article 39, pour que le privilége existe? Il faut une expédition de place en place, une tradition de la chose, des avances faites sur cette chose depuis l'expédition. Alors le droit du gagiste n'a pas besoin d'être prouvé par les formalités exigées par l'article 2074 du Code civil; les preuves commerciales suffisent. Les considérants de l'arrêt du 5 juillet 1820 doivent ici fléchir.

Ainsi, un banquier de Paris reçoit un connaissement à son ordre d'un négociant de Lyon qui lui envoie des soieries et lui demande une avance de 20,000 fr. Peu importe que ce banquier ne soit pas commissionnaire; peu importe qu'il ne soit que banquier. Pourquoi ferait-on une différence entre lui et le commissionnaire?

Mais toutes les fois que le privilége sera refusé au commissionnaire parce que ce dernier ne se trouvera pas dans les conditions de l'article 93 du Code de commerce, il sera également refusé au prêteur, et l'un et l'autre, privés de l'article 93, ne pourront se présenter comme gagistes qu'autant qu'ils suppléeront au défaut du bénéfice de l'article 93 par un acte en forme.

---

[1] *Suprà*, nº 123.
[2] Voy. un arrêt de Douai du 18 avril 1837 (Devill., 39, 2, 67). Douai, 10 février 1843 (Devill., 43, 2, 198). Paris, 3 juin 1841 (Devill., 45, 2, 111; Dall., 44, 2, 188).
[3] 10 février 1843 précité. *Pasicrisie*, à cette date.
[4] Cassation, 8 avril 1845 (Devill., 45, 1, 502 et 504).

Par exemple, une condition essentielle pour que le commissionnaire soit privilégié, c'est qu'il ait fait des avances sur la marchandise. S'il est créancier pour causes antérieures à la consignation, la consignation postérieure ne lui donne pas de privilége, car l'article 93 n'est pas fait pour ce cas. Il ne concerne que les avances faites après l'envoi de la marchandise, en vue de cette marchandise, en contemplation de la garantie qu'elle procure. Sans doute, il n'est pas défendu au commissionnaire qui a fait des avances antérieures à la consignation de stipuler après coup qu'un gage lui sera donné. Mais ce gage ne sera pas celui dont s'occupe l'article 93 du Code de commerce; ce sera un nantissement ordinaire; il rentrera sous l'empire du droit commun et de l'article 2074 du Code civil. L'article 93 ne vient pas au secours d'une telle situation; c'est un rapport tout autre qu'il a en vue.

Voilà, si je ne me trompe, la théorie qui se trouve dans un arrêt de la cour de cassation du 18 mars 1845, émané de la chambre civile.

Mais, pour mieux apprécier l'esprit de cette décision, rapportons-en les faits. Dans toute cette matière, la connaissance exacte des faits est de la plus haute importance.

133. Levasseur, laveur de laines à Essonne, était en rapport d'affaires avec la maison Pâris, de Paris, qui faisait la commission pour les laines. Le 31 septembre 1838, la maison Pâris vend à Levasseur 146 balles de laine d'Espagne moyennant 23,640 fr. et payables le 31 août 1839.

Levasseur ayant reçu ces laines en fit opérer le lavage; il les envoya ensuite en consignation à la maison Pâris pour que celle-ci en fît la revente et se payât de ses avances.

La revente n'était pas encore opérée lorsque Levasseur fit faillite. La maison Pâris réclama soit le privilége du gagiste, soit le privilége du commissionnaire. Jugement du tribunal de commerce et arrêt de la cour royale de Paris du 26 mai 1841 qui accueillent cette prétention.

Sur le pourvoi en cassation, on disait:

La maison Pâris se prétend privilégiée comme gagiste. Mais, d'après les articles 2073 et 2074 du Code civil, le gagiste n'est privilégié, à l'égard des tiers, que lorsque l'acte de nantissement a été fait entre les parties suivant certaines formes spécialement requises. La maison Pâris ne présente pas d'actes de cette nature. Peu importe les conventions dont elle se prévaut; ces conventions sont de nul effet à l'égard des tiers, si elles ne se produisent pas dans la forme voulue.

La maison Pâris est-elle commissionnaire privilégiée? Pas davantage. La maison Pâris n'a fait aucune avance depuis que les laines ont été lavées et consignées dans ses mains. Aussi ne se prétend-elle pas créancière pour avances. Elle se présente comme créancière du prix de vente de ces laines, et sa créance est antérieure à la consignation.

Ce système triompha devant la cour de cassation, et, par arrêt du 18 mars 1845, l'arrêt de la cour royale de Paris a été cassé [1]. La cour de cassation se fonde sur ce que le Code de commerce ne donne privilége au commissionnaire que pour les avances qu'il a faites sur la marchandise postérieurement à la réception de la marchandise, ou du connaissement, ou de la lettre de voiture. Or, ici, ce n'est pas pour avances ou prêts faits depuis la consignation des laines que le privilége a été accordé; il l'a été pour un prix de vente réglé bien antérieurement. Ce n'est pas à de tels faits que l'article 93 attache le privilége du commissionnaire. Dans les circonstances où les parties étaient placées, la maison Pâris ne pouvait réclamer le privilége du vendeur; elle n'était pas dans le cas de l'article 550 de la nouvelle loi sur les faillites. Si elle avait voulu se créer un privilége comme gagiste, il aurait fallu un acte formel, conformément aux articles 2073 et 2074 du Code civil.

Ainsi, d'après cet arrêt, il y a une grande différence entre le cas où, bien qu'il y ait expédition de place en place, le gage est fourni avant l'argent, et celui où l'argent est fourni avant le gage.

134. Pour le dire en passant, sur quelle raison est fondée cette différence? J'aurais besoin qu'on me l'apprît. Car je ne comprends pas pourquoi la volonté des parties, qui peut s'exprimer de telle manière quand il s'agit d'une somme à prêter sur telle chose expédiée, ne pourrait pas s'exprimer de la même manière quand il s'agit d'affecter une chose qu'on expédie à une somme déjà prêtée. Qu'importe que l'argent soit donné en contemplation de la chose, ou que la chose soit donnée en contemplation de l'argent? N'y a-t-il pas toujours entre la chose et l'argent un lien intime et inséparable? Et s'il y a eu (ce que nous supposons) expédition de la marchandise, l'intérêt public, qui favorise surtout le privilége des prêteurs et commerçants à cause des expéditions, n'est-il pas satisfait [2]? Mais nous reviendrons plus tard sur cette partie de l'arrêt du 18 mars 1845. Le moment n'est pas encore venu d'en approfondir les côtés faibles. Ce que nous voulons relever ici, c'est cette doctrine de l'arrêt. Tout gagiste qui n'est pas dans les conditions de l'article 93, bien qu'il ne soit pas nécessairement dans les conditions de l'art. 95, tombe sous l'empire de l'article 2074 du Code civil. Il n'a droit à un privilége qu'autant qu'il est porteur d'un acte en forme [3].

[1] Devill., 45, 1, 258 (Dall., 45, 1, 245).
[2] *Infrà*, n° 249.

[3] Voy. *infrà*, n° 240.

135. Mais quoi! est-ce là le dernier mot de la jurisprudence? Est-il donc désormais incontestable que l'article 2074 a une place plus grande que celle que l'article 95 lui a faite? Y a-t-il, entre les articles 93 et 95, une position dont l'art. 2074 suit le maître, au mépris de l'art. 2084 du Code civil?

Pour rassurer les esprits qu'un tel système pourrait justement effrayer, citons les considérants d'un arrêt de la chambre civile de la cour de cassation du 8 avril 1845, portant cassation d'un arrêt de Poitiers [1] :

» Attendu que des dispositions de l'art. 2084 » du Code civil, rapprochées de celles de l'ar» ticle 95 du Code de commerce, il résulte que » les règles du droit civil, relatives au nantis» sement, NE SONT APPLICABLES en *matière de* » *commerce* QUE *dans le cas prévu par le der*» *nier de ces articles*, c'est-à-dire AU SEUL CAS » d'une consignation et d'un dépôt fait par un » individu résidant dans le lieu du domicile du » commissionnaire. »

Qu'en pensez-vous? Si les règles du droit civil ne sont applicables qu'au seul cas de l'article 95, il ne faut donc pas dire qu'il suffit que le cas à juger ne soit pas prévu par l'article 93 du Code civil pour que les règles du droit civil lui soient applicables; elles ne seront dominantes qu'autant qu'il y aura cette double circonstance, savoir, que le cas n'est pas celui de l'article 93 et qu'il est précisément celui de l'article 95; car si, sans être celui de l'art. 93, il n'est pas celui de l'art. 95, les règles du droit civil ne seront pas applicables [2].

Eh bien! cette doctrine, elle est la vraie; elle seule repose sur la saine intelligence des textes; elle seule est conforme à la loi du 8 septembre 1830, tout à fait oubliée par l'arrêt du 18 mars 1845. L'arrêt du 8 avril est le dernier : il est aussi le meilleur.

136. Et maintenant j'ai besoin de faire une réflexion pour prouver que le sens donné à la loi commerciale par la loi du 8 septembre 1830 n'est pas quelque chose d'inconnu avant elle et de hasardé. Qu'il me suffise de citer un arrêt de la cour royale de Metz du 5 février 1820 [3] : « Attendu, dit très-bien cette cour, » que les formalités prescrites par l'art. 2074 » du Code civil pour la validité du nantisse» ment ne sont point applicables aux matières » de commerce, sauf le cas prévu par l'art. 95 » du Code civil qui est sans application à l'es» pèce. »

Telle a toujours été la pensée des commerçants; tels ont été l'usage du négoce et la jurisprudence prédominante dans les tribunaux consulaires.

Et c'est ce dont la cour royale de Nancy s'est montrée fort bien instruite lorsqu'elle a décidé, dans un arrêt du 14 septembre 1838, qu'il résulte de la combinaison des articles 2084 et 95 du Code de commerce que les règles du droit civil relatives au nantissement ne sont applicables aux matières de commerce que dans le cas spécial prévu par le dernier de ces articles [4].

Je crois, au surplus, qu'à l'heure qu'il est, cette opinion est celle qui a le plus de faveur et de crédit. Quiconque voudra combiner les articles 2084 et 95 avec la loi du 8 sept. 1830 sera fermement convaincu qu'elle est la seule juridique [5].

137. Si, après cet exposé de la jurisprudence, il m'était permis de revenir sur l'arrêt du 18 mars 1845, j'avouerai que je serais curieux de savoir par quel argument ayant quelque valeur l'art. 2074 du Code civil pourrait saisir les cas non spécifiés par l'art. 93 du Code de commerce, mais étrangers à l'article 95. L'article 93 est-il limitatif? Procède-t-il d'une manière restrictive? N'est-il pas seulement énonciatif? Il suffit de le lire pour savoir à quoi s'en tenir à cet égard, et il a été cent fois jugé, comme nous le verrons bientôt, qu'il n'est qu'indicatif. Ceci posé, pourquoi donc appliquerait-on aux cas qu'il n'énonce pas expressément l'article 2074 du Code civil, lorsque l'article 2084 déclare que cet article n'est pas applicable aux matières de commerce, et lorsque aussi on est forcé de reconnaître que l'article 95 modifiant en partie cette déclaration de l'article 2084, n'adopte l'article 2074 que pour des cas spéciaux, définis, et différents de ceux auxquels nous faisons allusion? Laissons donc le droit commercial à lui-même; toutes les fois qu'il a ses règles propres, son droit commun, n'allons pas lui imposer les règles gênantes du droit civil. Autrefois il y avait beaucoup de liberté dans le gage commercial. L'ordonnance de 1673, malgré ses sévères prescriptions, n'atteignait pas les prêteurs de bonne foi, et la pratique avait senti que la promptitude du commerce est entravée par des formalités minutieuses [6]. Où donc a-t-on vu que la loi moderne ait voulu enlever au contrat de gage commercial cette liberté nécessaire? Est-ce dans le Code civil? Non! il proteste contre l'envahissement des formes de l'article 2074 dans le domaine du droit commercial! Est-ce dans le Code de commerce?

[1] Devill., 45, 1, 505.

[2] Arrêt de Paris du 5 juin 1844 qui semble aussi exiger les règles du droit civil que quand les deux négociants résident sur la même place (Devill., 45, 2, 111), et jugement du tribunal de commerce de Toulouse du 3 avril 1835 (Dall., 35, 2, 131).

[3] Devill., 6, 2, 201.

[4] 14 décembre 1838 (Dall., 39, 2, 2; Devill., 39, 2, 259).

[5] Voy. une dissertation de Harel dans la *Revue étrangère* de Fœlix, 1845, p. 277. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, nº 399.

[6] *Suprà*, nºs 116 et 117.

Pas davantage! Il n'assujettit le gage commercial à l'article 2074 que dans le cas de l'article 95. De quel droit donc vient-on garrotter le commerce dans des pratiques formalistes et contraires à ses intérêts? Au nom de quelle loi vient-on le priver d'une liberté acquise et dont il est en possession?

D'ailleurs, je ne saurais trop le répéter, la législation du 8 septembre 1830 a donné l'interprétation de la loi, et je m'étonne que l'on ne tienne pas plus de compte de l'autorité souveraine qui s'attache à sa décision.

138. A présent que nous avons fait connaître l'état de la jurisprudence et que nous avons montré dans quel cas l'art. 2074 est, d'après notre opinion, la règle du gage commercial, nous devons aborder les détails d'application au milieu desquels il est absolument nécessaire de voir la loi fonctionner. Ces détails fortifieront, au surplus, notre manière d'interpréter le Code de commerce; ils aplaniront aussi beaucoup de difficultés, qui, aperçues de loin, semblent très-compliquées, et qui, serrées de près, perdent de leur gravité.

Nous prendrons d'abord l'art. 95 du Code de commerce. Avant de voir dans quel cas l'art. 2074 est inutile au commerce, il faut voir ceux dans lesquels l'intérêt commercial en réclame l'application.

139. L'art. 95 du Code de commerce s'est placé à peu près au point de vue des art. 8 et 9 de l'ordonnance de 1673. Mais il veut être obéi avec plus de docilité. Il repousse les ménagements de l'ancienne jurisprudence; toutes les fois que les conditions qu'il pose se vérifient, il n'admet pas de tempéraments arbitraires.

Il suppose donc que le prêteur et l'emprunteur sont dans le même lieu; il suppose en outre que la marchandise donnée en gage n'est pas en cours d'expédition; car ce cas est prévu par l'art. 93 et conduit à d'autres conséquences. Dans l'hypothèse de l'art. 95, les parties habitent la même place, ayant la marchandise sous leur main, pouvant la déplacer, la faire disparaître, en dérober la connaissance aux tiers, en faire un objet de fraude ou de simulation. Alors le prêt sur gage n'engendre de privilége sur la chose livrée qu'autant que le prêteur s'est conformé aux dispositions de l'article 2074 du Code civil. Quand même le gage serait prouvé par la correspondance, par les factures, par les autres moyens qui ont tant de faveur en droit commercial, le juge ne devrait pas s'y arrêter. La loi exige impérativement l'acte voulu par l'art. 2070 du Code civil [1]. La raison en est, ainsi que nous le disions au n° 113, que les consignations faites d'emprunteur à prêteur résidants dans la même place donneraient lieu à de graves abus si les tiers n'étaient pas protégés par de sages précautions. Rien ne serait plus facile que de faire évanouir l'actif d'un négociant aux abois qui voudrait favoriser certains créanciers aux dépens des autres, ou bien qui s'entendrait avec des tiers complaisants pour dissimuler et soustraire le gage de la masse. La simplicité des formes commerciales, si précieuse ordinairement pour la prompte solution des affaires, doit faire place à plus de complication quand les fraudes sont à craindre. Or, il ne faut pas que le contrat de gage dégénère en un détour captieux destiné à frustrer les tiers. La loi commerciale s'est donc préoccupée avec raison de la nécessité de venir au secours des autres créanciers. Et lorsque le débiteur et le créancier habitent la même place, elle a vu des dangers probables, des facilités dolosives; elle s'est armée des formalités du droit civil; elle les a imposées aux parties comme condition du privilége du gagiste.

140. En vain le créancier invoquerait-il sa bonne foi. La loi n'admet pas de bonne foi de la part de ceux qui lui désobéissent. Le créancier, en ne se conformant pas à la disposition de la loi, est censé avoir voulu se ménager des moyens secrets de colluder avec le débiteur pour porter préjudice aux tiers, se réserver la facilité de substituer une chose plus précieuse à celle qui l'est beaucoup moins, etc., etc. Les tiers ont besoin d'être protégés dans le désastre du débiteur. Rien n'excuse celui qui se met en hostilité avec les intérêts de la masse.

141. D'ailleurs, le législateur a tout fait pour faciliter l'accomplissement de ses prescriptions; la loi du 8 septembre 1830 a réduit à peu de chose le droit fiscal sur l'acte. Il n'y a pas de prétexte plausible pour ne pas s'y conformer [2].

142. Nous avons dit que l'article 95 du Code de commerce suppose que les parties ont le même domicile et que la consignation ne vient pas du dehors.

A ce propos, nous ferons remarquer que les cours ont un pouvoir souverain pour décider, d'après les faits, si la commune où réside le commissionnaire et le créancier est ou non une place distincte de celle d'où les marchandises lui ont été expédiées [3].

La Villette est considérée comme place de commerce distincte de la place de Paris [4]. Il y a municipalité différente, octroi différent, délimitation physique.

143. Si l'une des parties était représentée

[1] Cass., 5 juillet 1820. *Pasicrisie*, à cette date. Douai, 18 avril 1837; *ib.*

[2] La loi de 1830 ne concerne pas les matières civiles. Championnière et Rigaud. Voy. leur table, v° *Prêt* sur consignation.

[3] Cass., 6 mars 1833; *Pasicrisie*, à cette date. Voy. surtout Dall., 33, 1, 131. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 403.

[4] Paris, 22 avril 1826; *Pasicrisie*, à cette date. 1er mars 1832 (Dall., 32, 2, 103); *ib.* Cass., 6 mars 1833 (Devill., 33, 1, 182; Dalloz, 33, 1, 131); *Pasicrisie*, à cette date.

sur les lieux par un mandataire, il faudrait voir si, d'après les faits, ce mandataire est un vrai préposé, c'est-à-dire un représentant ayant une gestion continue, qui, l'attachant à la place, y fixe par cela même son mandant. Peu importerait, dans ce cas, que le principal établissement du mandant fût sur une autre place. Comme il aurait un comptoir sur celle où il traite, la consignation ne serait pas une consignation du dehors, ce serait une consignation d'une même place [1].

Autre serait la décision dans le cas où l'affaire aurait été traitée par correspondance avec le négociant habitant une autre place, et où ce dernier n'aurait employé le ministère d'un mandataire que pour quelques opérations secondaires, se rattachant à l'exécution de la consignation. Ce serait évidemment alors une consignation du dehors.

144. Quelquefois le débiteur, quoique ayant sa résidence dans une autre place, vient pour une affaire sur la place du créancier et, pendant le séjour qu'il y fait momentanément, il reçoit des avances sur consignation. Est-ce le cas de l'article 93 du Code de commerce et le gage n'est il valable que si les formalités de l'article 2074 ont été observées?

Réciproquement, c'est le créancier qui peut se déplacer accidentellement et aller trouver le débiteur et la marchandise sur la place de ce dernier.

Ici encore les circonstances doivent être consultées avec soin; il faut les combiner avec un usage assez ordinaire dans le commerce, qui est de considérer les opérations que le chef d'une maison fait passagèrement dans une place étrangère comme si elles avaient été faites à son domicile légal et de fait, et dans le lieu de son principal établissement [2]. Sous l'influence de cette idée et sans lui donner une autorité inflexible, on verra si, en fait, la consignation est du dehors, ou si elle n'est pas plutôt une consignation d'une même place. En général, il sera prudent, de la part des parties qui se trouvent en présence, de faire rédiger l'acte exigé par l'article 2074. Le défaut d'acte pourrait être mal interprété, parce qu'il pourrait masquer des simulations. Toutes les fois que la marchandise est là, sous la main des parties, la fraude est à redouter, et je ne m'étonnerais pas que les tribunaux, s'attachant à l'esprit plus qu'à la lettre de l'article 93, ne prissent pas toujours le mot *résidant* dans le sens d'une résidence fixe et d'un domicile.

C'est ce qu'on peut inférer de l'arrêt que voici, dont l'espèce est intéressante à méditer:

En 1821, Emler (de Laigle) achète du sieur Bovard, de Paris, trente-deux balles de coton moyennant 5,230 francs, payables dans cinq mois. Ces balles sont expédiées à la veuve Empis, de Saint-Quentin, qui devait les tenir à la disposition d'Emler. Pendant que la marchandise voyageait, Emler s'était rendu à Saint-Quentin; il y faisait des démarches pour vendre avantageusement ses cotons. Mais il n'avait pu obtenir encore aucun résultat, lorsque les cotons arrivèrent et furent déposés chez la veuve Empis.

Emler chargea alors le sieur Joly, de Saint-Quentin, d'opérer la vente, et il se fit faire une avance de 3,195 francs 80 centimes.

Peu de jours après, la faillite d'Emler éclata; Bovard, vendeur, revendiqua les cotons; ils étaient encore chez la veuve Empis. Joly prétendit, de son côté, être privilégié; mais cette prétention fut successivement repoussée par arrêt de la cour royale de Caen du 23 mars 1824, et par arrêt de rejet de la cour de cassation du 6 novembre 1827 [3]. Le véritable commissionnaire dans l'espèce, celui à qui la marchandise avait été expédiée d'une place sur une autre, c'était la veuve Empis; elle seule pouvait se prévaloir de l'article 93. Mais Joly, qui avait traité sur les lieux, en présence de la marchandise, Joly qui n'en était pas saisi, puisque c'était toujours la veuve Empis qui était dépositaire, Joly n'était pas commissionnaire privilégié, il n'était qu'un mandataire ordinaire; l'article 95 lui était seul applicable.

145. Quand ce sont, non pas des marchandises, mais des effets négociables, qui sont donnés en nantissement, est-il nécessaire d'observer, entre négociants habitant la même place, l'article 2074 du Code civil?

Par exemple, j'ai des lettres de change payables à un an. Ayant besoin d'argent, mais ne voulant pas les négocier aujourd'hui, de crainte de trop perdre, je vais trouver un banquier, et je les passe à son ordre, à titre de gage, contre une somme de 30,000 francs qu'il prête à condition que si je le rembourse dans trois mois, il me rendra mes effets. On demande s'il suffit que je passe ces lettres de change à l'ordre du banquier, valeur en garantie, ou bien s'il est nécessaire de dresser un acte conforme à l'article 2074 du Code civil.

Le tribunal de commerce de Bordeaux a pensé, dans une décision non confirmée par la cour royale [4], que l'article 93 est applicable aux négociants qui habitent la même ville, quand bien même ce seraient des effets négociables, et non des marchandises, qui seraient donnés en nantissement. La loi du 8 septembre 1830, dit-il, contient à cet égard une interprétation législative dont on ne saurait méconnaître la puissance [5].

[1] *Infrà*, n° 180.
[2] Arrêt de la cour d'Aix du 25 août 1831; *Pasicrisie*, à cette date. Voy. *infrà*, n° 170.
[3] *Pasicrisie*, à cette date.
[4] Voy. ce jugement qui est rapporté par Devill., 45, 2, 453.
[5] *Suprà*, n° 123.

Plusieurs fois cette question s'est présentée, et elle partage de bons esprits. Nous la traiterons dans notre commentaire de l'article 2075 [1]. Quant à présent, je me borne à dire qu'à mes yeux, elle ne fait pas le moindre doute, et que ni l'article 2074 du Code civil, ni l'article 95 du Code de commerce, ne sont faits pour les valeurs négociables par la voie de l'endossement. La transmission de ces valeurs s'effectue par des règles qui lui sont propres; et de même que la cession en toute propriété n'est pas sujette aux règles du droit commun applicables au transport des créances, de même le nantissement qui en est fait suit d'autres règles que celles du droit civil. Il y a, en un mot, un droit spécial sur cette matière. Le droit commun paralyserait la liberté dont le commerce a besoin; il serait une gêne pour le crédit.

146. Quant à la loi du 8 septembre 1830, invoquée par le tribunal de commerce de Bordeaux, je ne demande pas mieux que de la prendre pour règle, et j'applaudis à la diligence de ce tribunal qui en a compris toute l'importance. Mais je crois qu'il donne une portée exagérée à ses dispositions. Cette loi n'assimile aux marchandises que les inscriptions de fonds publics et les actions des compagnies d'industrie et de finance. Elle ne parle pas des lettres de change et des effets transmissibles par la voie de l'endossement. Pourquoi ce silence, si ce n'est parce que le nantissement de ces valeurs ne s'opère pas dans les mêmes conditions que le nantissement des marchandises? Pourquoi au contraire la loi met-elle les inscriptions de rente, les actions industrielles, sur la même ligne que les marchandises? Par la raison que ces valeurs peuvent être nominatives; que, dans ce cas, elles ne se transmettent pas par la voie commerciale de l'endossement, et que, dès lors, il faut recourir au droit commun. Le tribunal de commerce de Bordeaux a bien fait de citer la loi du 8 septembre 1830. Elle nous révèle le véritable esprit de la législation et des intérêts commerciaux.

147. Au surplus, et c'est ici l'occasion de le proclamer, l'art. 95 n'est pas limitatif. Bien qu'il ne parle que du commissionnaire, il est applicable à tout négociant qui prête sur consignation; il embrasse toutes les opérations de commerce dans lesquelles le prêt sur consignation se trouve mêlé, à quelque titre que ce soit. La loi du 8 septembre 1830 est encore décisive ici pour établir cette doctrine [2].

148. On vient de voir que, quelque général que soit l'article 95 du Code de commerce, il ne faut cependant pas croire qu'il soit sans exception; en voici une nouvelle preuve : c'est dans les lois commerciales elles-mêmes et dans les principes du droit civil que se puise le principe de restriction dont nous voulons parler.

On sait que l'ouvrier qui conserve une chose a privilége spécial sur cette chose pour se faire payer de ses avances [3]; privilége distinct du privilége du gagiste [4] et qu'il ne faut pas confondre avec ce dernier. Mais, outre l'ouvrier qui conserve, il y a l'ouvrier qui améliore une chose par son travail, qui la manipule et la transforme, et lui donne un surcroît de valeur. L'ouvrier blanchisseur de toiles, celui qui prépare la soie, celui qui teint les laines, tous ces artisans dont le labeur entretient l'activité de la fabrication dans les centres d'industrie ne sont pas des créanciers privilégiés pour conservation de la chose; mais leur main-d'œuvre a amélioré la matière première; tant qu'ils possèdent cette chose augmentée par leurs soins, ils ont en elle un gage tacite, qu'ils ont le droit de retenir pour le payement de leurs salaires. On peut en dire autant de l'imprimeur, qui, pour ses frais d'impression, a un droit de rétention sur les volumes et les papiers qui sont dans ses mains. Ce gage tacite a de tout temps existé dans notre pratique commerciale [5], et même dans la pratique commerciale de tous les pays [6]. Rien de plus juste que de laisser l'ouvrier retenir dans ses mains, jusqu'à ce qu'il soit payé, la chose à laquelle son travail s'est incorporé et qui par là est en quelque sorte devenue sienne pour partie. Il a en elle un droit réel, et si ce droit n'est pas celui d'un copropriétaire, du moins c'est celui d'un gagiste qui trouve dans le nantissement la sûreté de son avance.

149. On a prétendu toutefois qu'à cet ouvrier devaient s'appliquer les dispositions de l'article 2074 du Code de commerce, surtout quand il s'agit d'ouvriers habitant la même ville que le fabricant qui leur confie sa marchandise pour la travailler et l'améliorer. Mais rien n'est plus insoutenable qu'une telle idée. Elle a toujours échoué et elle échouera toujours contre les habitudes du commerce, contre les règles de l'équité et les principes du droit civil. De nombreux arrêts ont été rendus pour la proscrire. Je les ai cités dans mon comm. des *Priviléges et hypothèques* [7]; je me borne à en rappeler un de Rouen, qui, dans une espèce où on contestait le privilége d'un ouvrier blanchisseur sur les toiles lavées par lui et retenues dans ses mains à titre de nantissement, a refusé d'appliquer l'article 2074 du Code civil. Cet article ne saurait concerner, en effet, l'ouvrier, gagiste

[1] *Infrà*, nos 272 et suiv.
[2] *Suprà*, no 127, l'arrêt de Montpellier qui décide à tort le contraire.
[3] Mon comm. des *Priviléges et Hypoth.*, t. 1, no 174.
[4] Art. 2102, C. civ.
[5] Voy. Pothier cité par moi dans mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, no 176.
[6] Voet, *Ad Pand.*, *de compens.*, no 20. J'ai cité son passage dans mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, no 264.
[7] T. 1, nos 178, 257 *bis* et 259.

de plein droit, qui réclame le prix de sa main-d'œuvre, et qui retient comme nantissement, et en vertu de son droit réel, la marchandise qui lui avait été donnée pour la préparer [1]. En rapprochant de l'article 2084 du Code de commerce les dispositions des articles 570, 1654 et 1655 du même Code, et 579 et 535 du Code de commerce [2], on voit que l'artisan qui conserve dans sa main la marchandise qui lui a été donnée pour recevoir un apprêt et pour être confectionnée est valablement nanti, qu'il est armée d'un droit de rétention, et dès lors il n'est pas assujetti à l'article 2074 du Code civil. D'ailleurs, nous le répétons, tel est l'usage habituel du commerce, usage qui ne saurait être considéré comme préjudiciable aux tiers, puisque l'ouvrier est tout prêt à remettre la matière si on le désintéresse de son travail, de ses avances, de sa main-d'œuvre. En règle générale, celui qui améliore une chose a un gage tacite sur cette chose; il a privilége sur elle tant qu'il en est saisi [3].

150. Mais ce privilége s'éteint avec la possession. L'ouvrier qui se dessaisit sans se faire payer de la marchandise par lui améliorée, et qui, par là, suit la foi du maître, ne peut pas reporter de plein droit son gage sur d'autres marchandises à lui livrées pour être façonnées postérieurement. Dans ce cas, le gage qu'il a laissé échapper par la remise de la chose ne peut revivre sur une autre chose que par une convention expresse revêtue des solennités voulues par le droit commun.

Ainsi Pierre remet à Paul vingt pièces de toile pour les laver. Paul les rend à Pierre, qui, à raison de son travail, lui doit environ 200 fr. Si Pierre livre d'autres pièces à Paul pour le lavage, Paul n'aura pas de gage tacite pour ses 200 francs sur les nouvelles pièces de toile; il ne sera privilégié que pour la nouvelle avance dont ce second dépôt aura été l'objet [4]. S'il veut avoir privilége pour les 200 francs, il faut qu'il se conforme à l'article 2074 du Code civil.

151. A cette exception on a proposé d'en ajouter une seconde au profit des banques publiques. On sait que plusieurs de nos départements possèdent des banques publiques, et que ces établissements privilégiés contribuent à la prospérité du commerce local; c'est à l'égard de la banque de Bordeaux que la question s'est agitée, et l'on s'est demandé si l'article 2074 lui était applicable, à raison de ses statuts. Écoutons d'abord les faits.

Galoz et compagnie avaient déposé entre les mains de la banque de Bordeaux huit actions au porteur de l'entrepôt de cette ville, avec la convention suivante : « A défaut, soit de couverture trois jours après une simple mise en » demeure, soit de remboursement dès le lendemain de l'échéance, la banque aura droit » de faire vendre à la bourse, par le ministère » d'un agent de change, tout ou partie des effets » ou actions qui lui auront été transférés, etc. » Ce dépôt d'actions avait eu lieu à titre de garantie de divers engagements souscrits par Galoz et compagnie au profit de la banque.

Galoz et compagnie ayant fait faillite, la banque prétendit avoir privilége sur les actions dont elle était nantie; elle se prévalait de ses statuts, portant :

« La banque pourra cependant admettre à » l'escompte des effets garantis par les signatures de deux personnes seulement, mais » notoirement solvables, *et en exigeant, pour » surcroît de garantie, outre les deux signatures, un transfert d'actions de banque, ou » de tous autres effets ou actions ayant cours » régulier.* »

On pressent la grave objection par laquelle on venait l'arrêter.

Les art. 95 du Code de commerce et 2074 du Code civil exigent un acte en forme constituant le nantissement; or la banque n'en montre pas. Est-elle placée dans une exception, soit par la nature de son organisation, soit par quelque disposition particulière de la loi?

L'art. 21 de la loi du 24 germinal an XI, qui donne au gouvernement le droit d'ériger dans les départements des banques privilégiées ayant seules le droit d'émettre des billets, cet article n'a rien changé au droit commun dans ce qui concerne les rapports de ces banques avec les particuliers pour affaires de commerce.

La banque de Bordeaux n'est qu'une compagnie anonyme régie par les art. 29 et suivants du Code de commerce. L'ordonnance qui approuve ses statuts ne peut être assimilée à une loi, et, s'il est dans ses statuts quelques dispositions qui dérogent au droit commun, cela ne peut avoir d'effet qu'entre les associés, et non à l'égard des tiers.

D'un autre côté, la banque de Bordeaux ne peut être assimilée à une maison de prêt sur gage, exempte, d'après l'art. 2084 du Code civil, des formalités de l'art. 2074. Les maisons de prêt sur gage que l'art. 2084 a en vue sont celles qui sont établies au profit des pauvres [5].

Enfin, la banque ne peut invoquer les exceptions introduites en faveur du commerce. L'article 95 du Code de commerce la condamne; et, bien que cet article ne parle que

[1] Rouen, 9 juin 1826 et 1er mars 1827; *Pasicrisie*, à ces dates. Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, nos 259, 176 et 178, etc., etc.

[2] *Infrà*, no 457.

[3] Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, nos 176, 264 et 257 *bis*.

[4] Rouen, 9 juin 1826, précité. Cass., 17 mars 1829 (Dall., 29, 1, 181); *Pasicrisie*, à cette date. Mon comm. des *Hypoth.*, no 178.

[5] L. du 18 pluviôse an XII. Décret du 24 messidor an XII. *Infrà*, no 185.

de marchandises, il est admis par la jurisprudence qu'il s'étend au gage des créances et droits incorporels, aussi bien qu'aux marchandises; c'est d'ailleurs ce qui résulte de la loi du 8 septembre 1830.

Cette argumentation était vigoureuse et pressante. Le tribunal de commerce de Bordeaux se l'appropria par un jugement du 11 juillet 1844, très-habilement motivé à son point de vue.

Mais, sur l'appel, la cour royale repoussa ce système par arrêt du 17 avril 1845 [1]. S'agissant d'un arrêt de principe, il faut entendre la cour royale de Bordeaux donner elle-même ses raisons :

« Attendu que l'art. 2074 du Code civil n'est » *applicable qu'aux transactions civiles*; que » les formalités qu'il exige sont incompatibles » avec les opérations des banques de com- » merce; qu'il serait impossible que ces éta- » blissements pussent fonctionner utilement et » atteindre le but qui a déterminé leur création » s'ils étaient obligés de se pourvoir des décla- » rations solennelles et d'accomplir les actes » exigés par cet article;

» *Attendu qu'invoquer ces dispositions du* » *Code civil en matière de banque, c'est les dé-* » *tourner de leur véritable sens et en faire une* » *fausse application;*

» Attendu qu'il faut reconnaître que, sui- » vant l'esprit de son institution, la banque de » Bordeaux peut, dans le sens le plus étendu, » escompter ou prêter, recevoir pour garantie » des valeurs qui sont mises à sa disposition et » qui sont spécialement affectées à sa garantie, » immédiatement après la remise qui lui en » est faite; *que telles sont surtout les actions* » *au porteur qui, par leur nature, ont l'effet* » *d'une cession en faveur du porteur qui est* » *nanti;*

» Attendu que si, sous le rapport de son » institution, la banque n'est pas tenue de se » conformer au droit commun en matière ci- » vile, c'est un privilége qu'elle ne peut invo- » quer qu'autant qu'elle se conforme à ses » statuts;

» Attendu que Darhempé n'est pas fondé à » prétendre que la banque n'a pas été nantie » par un transfert régulier et tel qu'il lui est » prescrit par ses statuts; que dans son accep- » tion générale le transfert n'est qu'une ces- » sion, et qu'il *devient inutile pour les effets* » *au porteur, puisque, par leur nature et par* » *leur forme, la remise du titre en opère le* » *transport.* »

152. Raisonnons maintenant sur cet arrêt et cherchons à nous en faire des idées justes.

De quoi s'agissait-il? Avait-on déposé à la consignation au profit de la banque des marchandises, et prétendait-on qu'à raison de ses statuts elle était dispensée de l'observation des articles 95 et 2074? Non! et si on l'avait prétendu, on aurait certainement échoué. Pour soustraire une banque privilégiée à l'observation des articles 95 et 2074, il faudrait autre chose que des statuts, il faudrait une loi. Les tiers ne connaissent que la loi et non les statuts de la banque avec laquelle ils n'ont pas traité.

153. Qu'est-ce donc qui avait été fait? On avait consigné à la banque des valeurs au porteur, et l'arrêt décide que cette consignation est valable, quoique les articles 95 et 2074 n'aient pas été observés. Sous ce point de vue, l'arrêt est excellent [2]. Il est évident que la remise d'effets au porteur est plus qu'un nantissement et qu'elle équivaut à un transport.

L'arrêt aurait pu s'en tenir là. A mon sens, il eut été irréprochable et inattaquable. Mais comme la question des formes du nantissement de valeurs négociables est encore controversée [3], comme le tribunal de commerce de Bordeaux l'avait décidée contre la banque, l'arrêt a voulu aller plus loin, et, pour fortifier sa thèse, il a cherché à prouver, par les statuts de la banque, que sa pratique était conforme à son droit. Peut-être que ses considérants renferment certaines expressions ambiguës, qui donnent à la situation de la banque une couleur trop privilégiée. Quant à moi, je ne voudrais pas dire que l'institution d'une banque est soustraite par sa nature à l'article 95 du Code de commerce. Une banque publique est dans le droit commun. Si elle recevait des consignations de marchandises, elle serait tenue, comme tout négociant quelconque, de se conformer aux dispositions des articles 95 et 2074. Mais une banque est encore dans le droit commun quand elle reçoit en consignation des valeurs au porteur sans se conformer aux articles en question. Elle est encore dans le droit commun quand elle reçoit en consignation par simple endossement des effets négociables et qu'elle se prétend valablement nantie, quoique les articles 95 et 2074 n'aient pas été suivis. Il n'est pas nécessaire d'invoquer pour elle une situation exceptionnelle et privilégiée. On succomberait sur ce terrain [4]. Il suffit d'invoquer les principes spéciaux de la matière des endossements et des transmissions de valeurs au porteur [5]. Ce que la banque de Bordeaux avait fait, tout autre banquier aurait pu le faire à sa place.

154. Au surplus, ce que je dis ici des considérants de l'arrêt de Bordeaux n'est que pour m'expliquer sur les scrupules qu'il a excités

[1] Devill., 45, 2, 450; Dall., 45, 2, 118, 119.
[2] *Infrà*, n° 277.
[3] *Infrà*, n°s 275, 278.

[4] Devilleneuve, 35, 2, 450.
[5] *Infrà*, n°s 272, 278, 274.

dans l'esprit de quelques arrêtistes. A mon sens, il n'a pas donné autant d'importance qu'on l'a cru aux statuts de la banque. C'est plutôt dans les principes essentiels du commerce de banque qu'il a pris son point d'appui, pour établir qu'un établissement qui agit sur des valeurs telles que des effets négociables et au porteur ne saurait se plier aux exigences du droit civil sans compromettre la marche de ses affaires et son crédit. Sous ce rapport, je le répète, cet arrêt est pleinement dans le vrai. C'est ici, plus encore qu'ailleurs, qu'on voit la justesse de vues de l'article 2084 lorsqu'il a décidé que l'article 2074 n'était pas la règle des affaires commerciales.

155. Résumons à présent les observations qui précèdent. L'article 93 du Code de commerce a importé l'article 2074 du Code civil dans les matières commerciales. Mais des limites étroites y restreignent sa portée. Il n'est applicable que lorsque le débiteur réside dans la même place que le créancier, et que les marchandises, ou autres objets de même nature, sont sous leur main et sur les lieux. Hors de cette double condition, l'article 93 laisse l'article 2074 à l'écart; il l'abandonne à l'art. 2084 du Code civil; et le gage commercial, exempt de formalités particulières, se prouve par les moyens pratiqués dans le commerce, livres, correspondance, factures, etc.

156. C'est ce que prouve l'article 93 du Code de commerce. A la vérité, cet article n'a pas embrassé tous les cas qui placent le nantissement commercial en dehors des deux conditions exigées par l'article 93. Mais qu'importe! cet article n'est pas limitatif, ainsi que nous le verrons bientôt [1]; il ne contient qu'une indication, qu'un exemple notable, puisé dans un cas très-fréquent, autre que le cas prévu par l'article 93; et ce qu'il a voulu pour cette hypothèse, il faut le décider, par identité de raison, pour toutes les autres hypothèses dans lesquelles ne se reproduisent pas les conditions de l'article 93. Telle est souvent la marche du législateur dans le Code de commerce. Il se contente de jeter une idée; et cette idée, féconde en conséquences, sert à décider les difficultés imprévues, suivant la bonne foi et l'équité, véritables règles du commerce.

Le cas de l'article 93 du Code de commerce est celui où la marchandise qui est l'objet du gage a été déplacée, expédiée, mise en mouvement pour aller chercher un commissionnaire chargé de la vendre et habitant une autre place. Si la marchandise est à la disposition de ce commissionnaire dans ses magasins, ou dans un dépôt public, ou si avant son arrivée il peut constater par un connaissement, ou par une lettre de voiture, l'expédition à lui faite, il a privilége pour ses avances, sans que l'art. 2074 du Code civil ait été observé.

157. Mais ce cas n'est pas le seul où la faveur du commerce (*libertas publici commercii*, comme disent Deluca et Casaregis) exige que l'art. 2074 reste concentré dans le domaine du droit civil. Il en est une foule d'autres qui ne rentrent pas précisément dans la formule de l'article 93, soit que le législateur n'y ait pas songé, soit qu'il n'ait ni pu ni voulu embrasser un horizon si vaste. Sera-ce une raison pour que la jurisprudence hésite? Faudra-t-il que, sous prétexte du droit commun, elle enlève au droit commercial ses plus précieuses franchises? Non! nous allons la voir procéder par analogie et étendre graduellement le cercle de l'art. 93. Elle en avait le devoir. Il ne faut pas interpréter dans un sens restrictif une loi démonstrative.

On a cependant longtemps et vivement pressé la jurisprudence par l'argument si connu dans la logique juridique : *Qui dicit de uno, de altero negat.* On lui a dit : Les priviléges sont de droit étroit; or l'art. 93 n'accordant le privilége que dans certaines conditions désignées, il est censé le refuser à quiconque ne se présente pas dans les mêmes conditions. Dans le gage, il y a à considérer, sous le rapport du privilége, la forme et le fond. Eh bien! dans l'article 93 la forme dépend du fond. Tout gagiste qui ne réalise pas les conditions foncières de l'art. 93 ne peut réclamer l'exemption de formalités qui découle de cet article. On retombe dès lors sous l'empire de l'art. 93.

Mais, disons-le à l'honneur de la jurisprudence, elle ne s'est pas laissé prendre à ce piége adroit; et presque toujours elle a su se maintenir dans la voie de la saine pratique commerciale.

158. Une première question se présentait : L'article 93 du Code de commerce ne parle que du commissionnaire pour vendre. Faudra-t-il donc renvoyer à l'article 2074 du Code civil, renforcé par l'article 93 du Code de commerce, le commissionnaire pour recevoir, le commissionnaire pour conserver, etc., etc.? Si l'article 93 est limitatif, il en faudra passer par là. Mais s'il n'est que démonstratif, on ne fera pas de distinction, et l'art. 93 recevra une favorable extension.

Il a donc été décidé *in terminis* que l'art. 93 du Code de commerce n'est pas limitatif, qu'il s'applique à tous les cas de commission, qu'il s'étend par une invincible analogie, non-seulement à la commission pour vendre, mais encore à toute commission quelconque [2], commission pour recevoir, commission pour conserver des marchandises, etc., etc. [3].

159. Il y a plus : l'article 93 doit servir de

[1] Delamarre et Lepoitevin, t. 2, nº 401.
[2] Cass., req., 16 déc. 1835 (Devill., 36, 1, 30).
[3] Rouen, 29 nov. 1838 (Devill., 39, 2, 34).

règle non-seulement lorsqu'il y a commission, mais encore dans tous les cas où il y a un contrat quelconque avec nantissement.

Lorsqu'un bailleur de fonds, soit par suite d'opérations de banque, soit par toute autre cause, a fait des avances sur un gage, et qu'il se trouve dans les mêmes circonstances qu'un commissionnaire proprement dit, l'article 93 du Code de commerce lui est applicable [1]. Par là, les prêts sur consignation ont été sauvés de l'atteinte que les esprits formalistes avaient essayé de porter au crédit. Les banquiers qui, au grand avantage du commerce, font des avances sur consignation, ont été encouragés par cette sage jurisprudence.

Écoutons les arrêts qui ont mis ce point hors de controverse.

2 novembre 1837, convention entre Massenat, de Paris, et Boulet-Leblanc, de Rarecourt (Meuse), par suite de laquelle Massenat s'oblige à fournir des fonds à Boulet-Leblanc, contre une certaine quantité de fers donnés en consignation.

Par versements successifs, Massenat se met à découvert de 43,731 fr.; Boulet-Leblanc met à sa disposition 99,831 kilog. de fers existants dans les magasins de Dagonnet, commissionnaire à Châlons, et destinés à être vendus. Massenat, consignataire, voulant se décharger du soin de la vente, avait stipulé que Boulet-Leblanc y coopérerait, afin de la rendre plus prompte et plus avantageuse.

Ainsi le prêteur des 43,731 francs habitait Paris; le débiteur habitait la Meuse; les fers étaient consignés à Châlons.

Faillite de Boulet-Leblanc. Les syndics contestent le privilége de Massenat. Ils soutiennent que ce dernier ne se trouve pas dans les conditions de l'article 93 du Code de commerce. Suivant eux, l'article 93 ne confère le privilége qu'à celui qui a reçu du propriétaire le mandat de vendre la marchandise consignée; il ne confère le privilége qu'à un commissionnaire. Il ne l'accorde pas à celui qui n'est qu'un prêteur, qui n'est pas chargé de vendre pour le propriétaire et qui n'a voulu que se constituer un gage. D'ailleurs, comment Massenat pourrait-il se dire saisi? C'est Boulet-Leblanc qui est chargé de vendre. C'est donc ce dernier qui a la possession.

En droit et en fait, ce système n'était pas bon : il échoua devant la cour royale de Nancy, par arrêt du 14 décembre 1838 [2].

Restreindre l'article 93 au commissionnaire seul, c'est méconnaître le but de la loi, qui a été de favoriser le commerce en facilitant les emprunts. L'article 93 est démonstratif et non limitatif. Il ne fait qu'indiquer un cas habituel; mais il n'entend pas refuser le privilége à tout bailleur de fonds qui se trouve dans les conditions du commissionnaire. Qu'importe la qualité de la personne? Le droit repose sur la consignation, et non pas sur telle ou telle profession commerciale.

D'un autre côté, l'art. 93 ne dit pas que le privilége n'existera que sur la marchandise expédiée à une personne avec le mandat spécial de la vendre pour le compte du propriétaire. Il suffit que la marchandise soit destinée à être vendue, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la vente doit être faite par le consignataire plutôt que par le propriétaire.

Enfin la circonstance que le soin de vendre a été réservé au propriétaire commettant n'empêche pas que le consignataire ne soit saisi, que la marchandise ne soit à sa disposition dans un dépôt public, que ce ne soit au consignataire qu'il appartienne d'en faire la délivrance jusqu'à parfait payement.

Cette doctrine a été enfin consacrée par un remarquable arrêt de la cour de cassation du 6 mai 1843, portant cassation d'un arrêt de la cour de Poitiers du 21 juillet 1842 [3].

Beyneix et Cie, banquiers à Saint-Jean-d'Angely, conviennent avec Ayraud, négociant en eaux-de-vie de Marlinge, que celui-ci leur enverra des eaux-de-vie en consignation, et que ceux-là lui feront des avances dont ils seront remboursés au fur et à mesure des ventes qu'opérera Ayraud directement.

Les avances de la maison de banque se montaient à 68,000 fr.; Beyneix et Cie étaient nantis de consignations suffisantes pour les couvrir. Ayraud tomba en faillite.

Ses syndics soutinrent que Beyneix et Cie n'avaient pas de privilége, parce qu'ils n'étaient pas commissionnaires, qu'ils n'avaient d'autre qualité que celle de banquiers prêteurs sur gage; qu'ils n'avaient pas reçu mandat de vendre la marchandise dont ils étaient nantis; que, sous aucun rapport, ils ne pouvaient invoquer le privilége de l'article 93 du Code de commerce.

Le tribunal de commerce de Rochefort ne manqua pas de repousser ce système subversif de tout crédit, de toute bonne foi, de toute équité. Mais, chose incroyable! la cour royale de Poitiers le consacra en s'attachant judaïquement à la lettre morte de l'article 93 et en en oubliant l'esprit. L'arrêt dit sèchement : La maison Beyneix et Cie, était un prêteur sur gage et non un commissionnaire. C'est Ayraud qui faisait les ventes directement. Il fallait donc que le gage fût prouvé par un acte en forme, d'après les articles 2074 et 2075 du Code civil.

Cet arrêt a été cassé aux grands applaudissements de tous les jurisconsultes. L'arrêt de cas-

[1] Cass., 6 mai 1843 (Devill., 43, 1, 503).
[2] Devill., 39, 2, 239.
[3] Devill., 43, 1, 503.

sation pose en principe que les règles du droit civil relatives au nantissement ne sont applicables que dans le cas de l'article 95 du Code de commerce; que le privilége établi par l'article 93 ne dépend pas de ces règles; que ce privilége n'est pas attaché à une espèce spéciale de négoce; qu'il protége tous les gages commerciaux, pourvu qu'il y ait avances et expédition de place en place.

La cour royale de Bordeaux, saisie de l'affaire par suite de renvoi après cassation, a rendu un arrêt qui consacre ces principes; ils sont maintenant acquis [1].

Il est même certain que le privilége de l'article 93 ne saurait être refusé à celui qui, sans être négociant de profession, ferait cependant à un négociant des prêts d'argent sur consignation de marchandises [2].

160. C'est beaucoup que d'avoir étendu à toutes les branches de commerce une disposition qui, d'après ses termes apparents, semble ne concerner que la commission. Mais ce n'est pas encore assez. D'autres pas non moins considérables restaient à faire. Voyons comment la jurisprudence a continué à se conduire.

A prendre l'article 93 dans son écorce extérieure, il semble supposer que l'expédition de la marchandise doit être faite directement et nominativement au commissionnaire qui a fait les avances. Par exemple, j'adresse à Pierre, négociant du Havre, des marchandises que j'expédie de Paris pour des fonds dont je lui demande l'avance. Sans doute, Pierre sera privilégié, si d'ailleurs il se trouve placé dans les condition de possession exigées par l'article 93. Mais qu'arrivera-t-il si, pendant que la marchandise est encore en route, Pierre transmet à Secundus, qui lui fait des avances, la lettre do voiture à ordre que je lui ai fait parvenir?

Autre hypothèse : j'achète des marchandises; le vendeur me les expédie. Mais, pendant qu'elles sont en route, je les donne en consignation à Durand qui me fait des avances : pourra-t-on contester à Durand son privilége?

On a prétendu avec beaucoup de chaleur que dans ce cas Secondus et Durand n'ont de privilége que par l'accomplissement des formalités de l'article 2074. L'argument *Qui dicit de uno, de altero negat,* a reparu, et l'on a dit : L'article 93 exige que l'expédition soit faite nominativement à celui qui réclame le privilége. Donc, l'expédition n'ayant pas été faite directement à Secundus et à Durand, le bénéfice de l'article 93 lui échappe.

161. Aujourd'hui, un tel système est jugé, il n'est plus soutenable. Quiconque a un peu d'expérience de cette matière reconnaît qu'on a expédition, faite directement au commissionnaire ou au gagiste, n'est pas indispensable pour que l'on se trouve dans le domaine de l'article 93 du Code du commerce. Ce serait la plus grande des erreurs que de s'imaginer que le gagiste n'est privilégié qu'autant que l'expéditeur lui a adressé la marchandise directement [3]. Si une telle doctrine était admise, le commerce éprouverait une très-fâcheuse atteinte. Par exemple, l'acheteur de la marchandise qui se la fait expédier par le vendeur ne pourrait, pendant qu'elle est en route, choisir le commissionnaire auquel il veut confier la vente, ni remplacer par un autre celui qu'il avait choisi d'abord [4]. Cette marchandise, ainsi retirée du commerce pendant le trajet, ne pourrait être un objet de crédit; l'acheteur ne trouverait personne qui voulût lui faire des avances sur elle, et, dans les longues navigations, le mouvement des échanges s'en trouverait privé pendant un laps de temps considérable.

Il n'en saurait être ainsi.

De même que l'acheteur peut revendre la marchandise qui est en route et en saisir le sous-acheteur en lui endossant le connaissement à ordre, de même, par voie d'induction, il peut la donner en gage et en faire la tradition virtuelle au créancier qui lui prête des fonds en le saisissant du connaissement. L'article 93 du Code de commerce ne repousse pas un tel nantissement, fort usité du reste dans le commerce [5]. D'une part, l'article 93 reconnaît que le connaissement est un moyen de saisir le commissionnaire; de l'autre, l'article 281 du Code de commerce autorise le connaissement à ordre. De ces deux articles combinés il résulte que l'article 93 permet à l'endossement de changer le destinataire, de substituer, pendant le voyage, un destinataire à un autre [6]; de telle sorte que c'est celui qui se présente avec le connaissement pour la réception de la marchandise qui est privilégié, bien qu'originairement, et lors de l'expédition, il soit resté inconnu; sans cela, on détruirait l'effet des connaissements à ordre.

162. Les arrêts sont unanimes pour prêter main-forte à ce point de droit.

Duez-Dubrunfaut, porteur d'un connaissement à ordre de cinquante pièces d'eau-de-vie, transmet ce connaissement à Charles Carlier, de Lille, qui lui avait fait des avances, et le passe à son ordre pendant que les pièces d'esprit sont en route, pour le couvrir de ses avances. Arrêt de la cour de Douai, du 29 novembre 1843, confirmatif d'un jugement du tribunal de commerce de Dunkerque, qui décide, contre

---

[1] Devill., 40, 2, 213.

[2] Cass., ch. civ., rejet, 23 avril 1816 (Devill., 5, 1, 180.)

[3] Delamarre et Lepoitavin, t. 2, n° 404.

[4] Valin, sur l'art. 3, tit. 10, de l'ordonn. de la marine, t. 1, p. 606.

[5] Jugement du tribunal de commerce de Marseille, confirmé par arrêt d'Aix du 25 août 1831 (Sirey, 33, 2, 162).

[6] *Infrà*, n° 243.

le vandeur qui revendiquait ces eaux-de-vie, l'acheteur ayant failli, que Carlier est privilégié pour ses avances [1].

163. Bonnaric, Lafun et Bourbon font expédier de Cette, à Godefroy, de Lille, destination de Dunkerque, des marchandises d'une valeur de 5,000 fr.

Godefroy charge la maison Morel, de Dunkerque, de lui avancer 2,000 francs sur ces marchandises, et de vendre à l'arrivée. Il envoie à cette maison les connaissements, en les passant à son ordre. Les avances sont effectuées; mais, pendant que la marchandise est en route, Godefroy fait faillite, et la maison de Cette revendique les marchandises. Jugé, par arrêt de la cour de Douai, du 2 avril 1828, et par un arrêt de la cour de cassation du 18 juin 1829 qui rejette le pourvoi, que le commissionnaire est privilégié [2].

On peut citer d'autres arrêts ; je crois inutile d'en rapporter les espèces [3]. Ils sont si imposants et si topiques, qu'on ne doit faire aucun état d'un arrêt contraire rendu par la cour royale de Rouen le 15 juin 1825 [4].

164. Voici maintenant une nouvelle difficulté :

Lorsque nous avons cherché à faire ressortir les vrais caractères de l'article 95 du Code de commerce, nous avons dit qu'il exige deux conditions : présence des deux parties sur les lieux, présence de la marchandise [5]. D'un autre côté, l'article 93 semble supposer, dans le cas qu'il prévoit par forme d'exemple, que le commissionnaire à qui la marchandise est expédiée d'une autre place ne réside pas sur la même place que le commettant ; et c'est en effet le cas le plus fréquent quand on se place au point de vue des opérations propres à la commission commerciale. En effet, le contrat de commission n'est guère mis en jeu qu'entre négociants appartenant à des places différentes ; la circonstance de l'expédition de la marchandise, mentionnée dans l'article 95, confirme que telle est l'hypothèse du législateur, et on cesse surtout d'en douter quand on voit que le fait de commerce dont il se préoccupe est une commission de vendre, commission qui se donne habituellement par celui qui, n'étant pas sur les lieux, s'y fait représenter pour procurer la vente de la chose.

Eh bien ! la question s'est présentée de savoir si l'article 95 du Code de commerce était applicable, plutôt que l'article 93 du même Code, dans le cas où, les deux parties habitant la même place, il arrive que la marchandise ayant été l'objet d'une expédition n'est pas sous leur main. En d'autres termes, l'une des deux circonstances auxquelles l'article 95, sainement entendu, subordonne la nécessité de suivre l'article 2074, venant à manquer, attendu qu'il y a dans les faits de la cause l'expédition prévue par l'article 93 du Code de commerce, ne faut-il pas écarter l'article 95 et rester dans le giron du droit commercial, expliqué par l'article 2084 du Code civil ? Plusieurs espèces se sont présentées à ce sujet avec des nuances diverses ; toutes ont été résolues en faveur du privilége et contre l'article 2074 du Code civil. Nous devons les passer en revue ; on y verra que quelquefois les magistrats des cours royales et de la cour de cassation se sont montrés meilleurs observateurs des usages et des intérêts du commerce que les juges consulaires eux-mêmes.

165. Il est un premier cas : c'est celui où, lorsque les parties résident dans le même lieu, la marchandise sur laquelle est assis le privilége a été achetée sur une place autre que celle des parties, et où elle est expédiée et arrive à la disposition du prêteur dans un dépôt, magasin, navire, existant dans le lieu du domicile de ces mêmes parties. Faut-il alors que l'on se conforme aux dispositions de l'article 95 du Code de commerce ? Les formalités de l'article 2074 du Code civil sont-elles de rigueur ?

Voici un arrêt de la cour de cassation du 16 septembre 1835 qui décide la négative :

Villeneuve et Lasserre, négociants de Bordeaux, voulant expédier des marchandises dans l'Amérique du Sud, s'adressent à Delbos et fils, de la même ville, pour en obtenir un prêt de 100,000 francs, destinés à l'achat de ces marchandises. Ce prêt eut lieu à condition que les emprunteurs achèteraient pour 300,000 fr. de marchandises ; que ces marchandises seraient embarquées sur le navire *le Fletès*, dont Delbos et fils étaient armateurs ; que Villeneuve y prendrait passage pour opérer la vente, et qu'il ne pourrait retirer les marchandises jusqu'à concurrence de 100,000 francs que sous la condition de fournir au capitaine, mandataire de Delbos, des contre-valeurs qui en assureraient le payement.

Ces conditions s'exécutèrent ; des marchandises furent achetées par Villeneuve et Lasserre à Lyon et à Paris ; elles furent expédiées directement et chargées sur le navire *le Flalès*, sans passer par les magasins des acheteurs.

Le navire partit de Bordeaux pour Valparaiso chargé des marchandises. Mais la maison Villeneuve et Lasserre avait entrepris une opération au-dessus de ses forces ; elle fut mise en faillite

[1] Devill., 44, 2, 146.

[2] *Pasicrisie*, à cette date. Autre arrêt conforme de la cour de cassation du 8 juin 1829. *Pasicrisie*, à cette date.

[3] Aix, 25 août 1831 (Devill., 33, 2, 162). Paris, 31 juillet 1835 (Devill., 33, 2, 519). Rouen, 29 nov. 1838 (Devill., 39, 2, 33). Cass., 1er décembre 1841 (Devill., 41, 1, 161).

[4] *Pasicrisie*, à cette date.

[5] *Suprà*, n° 139.

par jugement du 29 juin 1833. Le premier acte des créanciers fut de contester le privilége de la maison Delbos.

Le tribunal de commerce leur fut entièrement favorable. Les juges consulaires placèrent la cause sous l'empire de l'article 95. Les deux parties, dirent-ils, habitent la même place; le gage n'était donc valable qu'à la condition d'être prouvé conformément à l'art. 2074 du Code civil.

Sur l'appel, les créanciers furent moins heureux. La cour de Bordeaux consacra le privilége [1], et ils se pourvurent en cassation.

Pour que le privilége du commissionnaire existe, disaient-ils, il faut trois conditions, l'article 93 du Code de commerce est formel; et ces trois conditions sont : 1° que les marchandises aient été expédiées d'une place sur une autre place; 2° que le commissionnaire ait reçu mandat de vendre pour un commettant; 3° que les marchandises soient à sa disposition dans ses magasins ou dans un dépôt public.

Ici, aucune de ces conditions ne se rencontre. Les marchandises n'ont pas été expédiées d'une place sur une autre place; elles ont été expédiées aux acheteurs, des mains desquels elles sont passées dans les mains de Delbos; Delbos ne les a pas reçues directement d'une autre place. — De plus, Delbos n'était pas chargé de vendre pour Villeneuve et Lasserre. — Enfin, Delbos n'avait pas les marchandises à sa disposition; elles étaient sur le navire parti pour Valparaiso et monté par Villeneuve. — Il est vrai de dire que la maison Delbos a voulu s'assurer un gage; mais elle ne s'est pas placée dans les conditions de la loi; elle ne peut exercer de privilége.

Ce système échoua devant la cour de cassation.

En effet, la maison Delbos était nantie : le gage était sous sa main; il était chargé sur un navire armé par elle; il était sous la garde d'un capitaine qui était son mandataire. Le navire devait être assimilé à un magasin.

D'un autre côté, l'article 93 du Code de commerce est démonstratif, et non limitatif. Le privilége, comme on l'a vu ci-dessus, n'est pas réservé pour le seul cas où il y a commission pour vendre.

Quant à l'expédition, le pourvoi se trompait en fait; car il n'était pas vrai que la marchandise expédiée de Paris et de Lyon fût entrée dans la possession des emprunteurs. Elle avait été expédiée directement au prêteur qui l'avait reçue sur son navire. Le prêteur avait reçu la marchandise d'une autre place.

Telles sont les raisons qui déterminèrent l'arrêt de rejet [2]. Cet arrêt décide, *in terminis*, que, bien que le prêteur et l'emprunteur résident dans la même place, l'article 95 du Code de commerce n'est pas applicable quand les marchandises sur lesquelles porte le gage ont été expédiées au prêteur d'une autre place. C'est le cas de l'article 93, et non de l'article 95. Cet arrêt est très-remarquable; il aide et favorise la liberté des transactions commerciales. Nous l'acceptons, pour notre compte, comme excellent et entièrement conforme à un usage commercial de la plus haute utilité [3].

En effet, lorsque la marchandise est éloignée et qu'elle a besoin d'être expédiée d'une place sur une autre; lorsque le prêteur la reçoit des mains d'un expéditeur étranger, on a beaucoup moins à craindre les fraudes dont l'article 95 s'est préoccupé; rien ne facilite alors ces détournements désespérés qui s'opèrent avec promptitude et clandestinité dans un moment de détresse et à la veille d'une faillite.

D'ailleurs, le législateur a voulu favoriser les expéditions et tout ce qui donne à la marchandise une vive circulation. Il y a ici un intérêt public supérieur à des formes étroites.

166. C'est déjà ce qu'avait jugé la cour de cassation par arrêt du 7 septembre 1826 [4].

Raba et Nunez, négociants de Bordeaux, habitaient tous les deux cette place. Raba avance à Nunez, 7,998 francs, moyennant quoi Nunez lui fait expédier, de Bayonne, des marchandises, et fait passer les connaissements à son ordre. Arrivées à Bordeaux, ces marchandises sont reçues par Raba et déposées dans ses magasins. Sur ces entrefaites, Nunez fait faillite et ses syndics refusent à Raba son privilége. Il est remarquable que le tribunal de commerce de Bordeaux consacra ce système par un refus évidemment contraire aux intérêts du commerce, mais dicté par un respect scrupuleux pour un texte de loi mal compris. La cour royale de Bordeaux, mieux inspirée, réforma sa décision par arrêt du 24 décembre 1824. Elle a eu, je crois, le mérite d'avoir la première ouvert une porte à la liberté des transactions commerciales et affranchi le commerce des exagérations auxquelles de faux scrupules conduisaient l'article 95.

Sur le pourvoi, la requête fut rejetée par la chambre des requêtes. On voit que l'arrêt du 16 décembre 1835 est venu fortifier cette sage jurisprudence.

167. Autre hypothèse.

Le prêteur et l'emprunteur habitent la même place, et la marchandise sur laquelle ont été faites les avances est expédiée par le vendeur d'icelle pour être revendue par l'emprunteur

[1] 21 juillet 1834. Voyez-le dans Dalloz, 34, 2, 224.
[2] 16 décemb. 1835 (Devill., 36, 1, 50 et 51).
[3] Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 405.
[4] *Pasicrisie*, à cette date.

acheteur, non pas sur sa propre place, mais au loin et à la suite d'un transport effectué avec le navire du prêteur. Est-ce le cas de l'article 95? Non, d'après l'arrêt de la cour de cassation du 16 décembre 1835 que nous venons de citer [1]. Dans l'espèce, des marchandises avaient été achetées à Bordeaux par Villeneuve et Lasserre; mais les vendeurs ne les avaient pas livrées dans les magasins des acheteurs; ils les avaient chargées directement sur le navire de Delbos; puis, ce navire était parti; il avait transporté la marchandise à Valparaiso; il était dans cette ville au moment où avait éclaté la faillite de Villeneove et Lasserre.

Dans ces circonstances, la cour décida que puisque la marchandise n'avait pas été livrée dans les magasins de Delbos pour être vendue à Bordeaux, qu'elle avait été expédiée par les vendeurs sur le navire partant pour les mers du Sud, qu'elle devait être vendue à Valparaiso, il y avait expédition d'une place sur une autre [2].

Une telle interprétation est pleine de sagesse. J'y trouve la plus saine intelligence du droit commercial. C'est en se mettant ainsi au-dessus de vains scrupules de textes qu'on parvient à embrasser les principes larges et féconds qui dominent un sujet.

168. Voici un autre arrêt qui corrobore cette jurisprudence, et la met, ce semble, au-dessus de toutes les controverses. J'insiste peut-être trop sur ces détails de faits particuliers. Mais j'ai besoin de leur secours pour montrer, en groupant les autorités, comme quoi l'article 95 doit rester dans son isolement, tandis que l'article 93 prend, par extension, tout le terrain qui s'étend au delà des limites de l'article 95. D'ailleurs, des préjugés existent dans l'esprit de beaucoup de négociants intelligents, qui, s'imaginant que l'article 95 est l'expression du droit commun, sacrifient à un respect superstitieux pour une fausse légalité les vrais intérêts du commerce. Nous devons redresser leur erreur, et montrer comment la loi s'accorde à merveille avec l'usage commercial.

Pagelle, tailleur à Dunkerque, chargea Carlier, commissionnaire dans cette ville, d'embarquer des caisses d'habillements qu'il destinait aux colonies et de les faire vendre au lieu de leur destination. Par suite de cette convention, les marchandises furent chargées sur un navire sans entrer dans les magasins de Carlier; Pagelle fit faire les connaissements au nom de Carlier, et, lorsque les habillements furent arrivés aux colonies, ils y furent vendus par les correspondants de Carlier, auxquels les connaissements avaient été adressés.

Pagelle tomba en faillite. Ses syndics exigèrent le rapport à la masse des marchandises expédiées aux colonies. Mais Carlier, qui avait fait des avances, excipa de son privilége.

Quel fut le système des syndics pour le contester?

Pagelle et Carlier habitaient la même place. Donc, d'après l'article 95 du Code de commerce, le privilége ne pouvait exister qu'à la condition des formalités imposées par l'article 2074 du Code civil. Si un privilége pouvait être réclamé par quelqu'un, ce serait par les commissionnaires des colonies à qui les marchandises ont été expédiées et qui les ont vendues. Mais ces commissionnaires sont des tiers; leur cause n'est pas liée à celle de Carlier. Carlier n'a fait à Pagelle que des prêts ordinaires. Il n'a pas de privilége sur le gage.

Le tribunal de commerce de Dunkerque, saisi de cette difficulté, l'examina avec beaucoup de soin, et la décida plus sagement que ne l'avait fait, dans les espèces précédentes, le tribunal de commerce de Bordeaux.

En droit, disait-il, toutes les lois qu'il y a expédition, il importe peu que le débiteur et le créancier habitent la même ville. L'art. 93 n'a nul égard à cette circonstance; il accorde indistinctement le privilége. Il suffit, pour que le privilége soit acquis, que des avances aient été faites et que des marchandises aient été expédiées d'une autre place au commissionnaire qui les a en son pouvoir.

En fait, les marchandises ne sont jamais entrées dans les magasins de Carlier à Dunkerque; du domicile de Pagelle, elles ont été embarquées par lui sur les navires qui les ont portées aux colonies. Là, elles ont été reçues, soignées, vendues par des tiers, mandataires de Carlier et porteurs des connaissements faits en son nom. L'expédition s'est donc faite aux colonies à Carlier, dans la personne de ses agents coloniaux.

Cette décision était trop sage pour n'être pas confirmée; elle le fut par arrêt de la cour de Douai du 11 janvier 1840; et les syndics s'étant pourvus en cassation, leur requête fut rejetée par arrêt du 1er juillet 1841 [3].

On voit que ce dernier arrêt rentre dans le système de l'arrêt du 16 décembre 1835 [4].

169. Voici maintenant une autre hypothèse dans laquelle la difficulté se complique d'une circonstance de nature à nous écarter davantage du cas textuel de l'art. 93 :

Le prêteur et l'emprunteur habitent la même ville, et la marchandise, quoique venue du dehors, entre dans les magasins de l'emprunteur, et ce n'est qu'après être ainsi passée sous sa main qu'elle arrive par nantissement au prêteur. Au premier coup d'œil, il semble que

[1] Devill., 36, 1, 50.
[2] *Junge* arrêt de Bordeaux du 21 juillet 1834 (Devill., 34, 2, 535).
[3] Devill., 41, 1, 626.
[4] Devill., 36, 1, 50. *Suprà*, n° 165.

rien ne puisse faire obstacle à l'application de l'article 95. Les deux parties habitent la même place, et la marchandise y est également déposée, après avoir passé des mains de l'emprunteur dans celles du prêteur. N'y a-t-il pas cependant une circonstance possible qui sauvera le gagiste de la perte de son privilége non garanti par les formes de l'article 2074? Oui, il y en a une : si le prêteur est à la fois le créancier solidaire de l'emprunteur présent et d'un autre emprunteur absent, duquel provient l'expédition de la marchandise, on pourra considérer l'emprunteur présent comme mandataire de l'emprunteur absent, et alors disparaîtront les circonstances de l'article 95, pour faire place à l'article 93.

Expliquons ceci par un exemple :

Homberg et Cie, de Eupen (département de l'Ourthe), expédient en consignation à Paris des marchandises à Happey qui leur fait des avances; pour entretenir ces avances, Happey se fait donner des fonds par Chauvet, propriétaire à Paris : par suite de conventions reconnues pour positives, Chauvet, en fournissant ses fonds, est à la fois le créancier de Homberg et Cie et Happey, qui tous deux sont ses débiteurs solidaires. Happey reçoit les marchandises directement à Paris, mais il les consigne à Chauvet qui habite Paris comme lui.

Dans ces circonstances, faut-il un acte de nantissement? Est-on dans les termes de l'article 95 du Code de commerce? N'est-on pas plutôt dans les termes de l'article 93?

La cour de cassation a jugé, le 24 avril 1816, que l'article 93 est seul applicable. La marchandise a été expédiée de place en place; elle vient d'Eupen à Paris. Chauvet est créancier direct de Homberg et Cie. C'est en vue du gage envoyé du département de l'Ourthe qu'il a prêté ses fonds [1].

Il est vrai qu'avant d'entrer chez Chauvet, les marchandises ont été momentanément déposées chez Happey, correspondant de Homberg et Cie sur la place de Paris. Mais le domicile de Happey n'était qu'un entrepôt; le point de départ était le magasin des propriétaires dans le département de l'Ourthe. On ne pouvait donc pas dire que la consignation se faisait sur la même place.

Cet arrêt contient une interprétation des faits qui sera certainement acceptée comme simple, naturelle et pleine d'équité.

170. Voici enfin une dernière hypothèse : elle va nous montrer l'article 93 prenant de plus en plus de l'extension.

Nous avons vu que, bien que les deux parties habitent la même place, il y a pas lieu à l'application de l'article 95 alors que la marchandise arrive du dehors dans les magasins du prêteur, ou alors qu'elle est expédiée pour être vendue sur une autre place.

Mais supposons que l'expédition de la marchandise soit faite directement à Pierre par un connaissement à ordre, et que Pierre, voulant emprunter sur la consignation de cette marchandise encore en cours de voyage, passe ce connaissement à l'ordre de François qui habite la même place que lui. Ne pourra-t-on pas dire qu'ici se rencontrent toutes les conditions de l'article 95 du Code de commerce : présence de Pierre et de François sur la même place; présence de la marchandise, représentée par le connaissement? Il n'en est cependant pas ainsi; il suffit que la marchandise soit en voyage pour que le gage, effectué par l'endossement du connaissement entre négociants habitant la même place, soit valablement constitué et qu'on soit dispensé des formalités de l'article 2074. Tous les jours il se fait des nantissements de cette espèce, et la jurisprudence les approuve. Je lis, en effet, dans les considérants d'un arrêt de la cour de cassation du 8 juin 1829, qu'il suffit que l'expéditeur réside dans une autre place [2], et que lorsqu'il y a expédition de la marchandise de place en place, peu importe que le débiteur et le créancier habitent le même lieu.

Je dois dire cependant que la question s'étant présentée à Aix, elle y a été éludée par arrêt de cette cour du 23 août 1831 [3], qui, en prenant une voie détournée pour sauver le privilége, semblerait faire croire que les juges avaient des doutes sérieux sur notre proposition.

Dans le fait, Arata avait expédié de Civita-Vecchia à Margaria, de Gênes, un chargement de blé, avec destination pour Toulon ou Marseille. Pendant que la marchandise était en cours de navigation, Margaria vient à Marseille, se fait prêter des fonds par Luce de cette ville, et, pour nantir ce dernier, passe à son ordre le connaissement. La faillite de Margaria ayant donné occasion de contester le privilége de Luce, la cour aurait pu trancher la question en disant nettement que, puisque la marchandise était en cours d'expédition, il importait peu que l'opération eût été consentie par deux négociants étant en présence sur la même place. Elle préféra une autre voie. Pour maintenir le droit du gagiste, elle s'appuya sur cette circonstance : que le débiteur n'avait pas sa maison de commerce dans le même lieu que le créancier; que, bien que le connaissement eût été remis à Luce, créancier, dans la ville de Marseille, sa demeure, par Margaria, de Gênes, son débiteur, qui se trouvait à Marseille, on ne devait pas appliquer l'article 95, lequel n'entend parler que d'une résidence fixe, d'un domicile; que les opérations que le chef d'une maison

[1] *Pasicrisie*, à cette date. Voy. *infrà*, n° 241.

[2] *Pasicrisie*, à cette date.

[3] Devill. 33, 2, 162; Dalloz, 32, 2, 218, 219. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 404, citent l'arrêt tout au long.

fait passagèrement sur une place étrangère sont censées faites dans son domicile commercial [1]. Mais si l'on se reporte aux observations que nous avons présentées ci-dessus, nº 144, et à quelques monuments de la jurisprudence, on verra que cette raison n'est pas péremptoire et qu'il y avait quelque chose de plus décisif à dire pour écarter les prétentions des adversaires de Luce : c'est que la marchandise était dans des conditions d'expédition qui rendaient inapplicable l'article 95 ; c'est qu'il importait peu dès lors que les parties aient eu la même résidence.

Au surplus, je le répète, la pratique commerciale est certaine. Dans toutes les places sur lesquelles se font des expéditions, il n'y a pas de jour où le destinataire ne recoure au crédit d'un négociant habitant la même place, lui remettant pour gage de ses avances le connaissement ou la lettre de voiture à ordre, dont il est porteur. Une telle pratique est légitime ; elle est acquise au commerce, et il faut la respecter.

Comment voudrait-on, d'ailleurs, que l'on fit la description minutieuse prescrite par l'article 2074 du Code civil, puisque la marchandise n'est pas présente et qu'elle est entre les mains du voiturier ou du capitaine de navire ?

171. Si maintenant l'on se reporte à ce que nous avons dit au nº 156 de l'espèce textuelle posée par l'article 93 du Code de commerce, il sera facile de voir, par les développements qui précèdent, combien la jurisprudence en a élargi le cercle.

Nous n'avons insisté jusqu'à présent que sur les cas qui, à l'heure qu'il est, sont à peu près hors de toute controverse. Après des querelles cent fois répétées, les opinions se sont mûries, et il a fallu se soumettre à l'autorité de l'expérience et de la raison. Mais tout n'est pas encore dit ; d'autres conquêtes restent encore à faire dans cette voie de progrès. Je signalerai notamment une question intéressante pour le commerce de banque, et qui est, à l'heure qu'il est, *sub judice*. Il ne s'agit plus de deux négociants résidant sur la même place et traitant en présence de la marchandise qui est sous leur main, ce qui est le cas de l'article 95 du Code de commerce ; il ne s'agit pas non plus de deux négociants habitant des places différentes et expédiant la marchandise de l'une à l'autre, ce qui est l'exemple donné par l'article 93 ; enfin, il n'est pas question de deux négociants habitant la même place, mais traitant d'une marchandise en cours d'expédition, ce qui est un cas que l'on reconnaît unanimement rentrer dans l'esprit de l'article 93. La thèse est celle-ci : le prêteur habite une place, le débiteur en habite une autre; la marchandise est située sur la place du débiteur, et ce dernier la donne en gage au créancier absent au moyen d'un acte qui la met à sa disposition, par exemple un transfert en douane. Ce créancier est-il valablement nanti, quoique les formalités de l'article 2074 du Code civil n'aient pas été observées ?

A mon sens, l'affirmative est indubitable; il suffit de se demander si l'agissement rentre dans les conditions de l'article 95 du Code de commerce. Et comme il en sort évidemment, puisque les parties ne résident pas sur la même place, la loi du 8 septembre 1830 dit hautement, avec l'article 2084, que les règles particulières au commerce conservent ici leur empire.

Le contraire a cependant été jugé par arrêt de la cour royale de Caen du 22 juillet 1845. Rapporteur du pourvoi formé contre cet arrêt devant la chambre des requêtes, j'en ai étudié les détails. L'importance et la nouveauté de la question m'engagent à y donner, ici, une attention particulière. Quoique la cause du nantissement ait échoué devant le tribunal de commerce et devant la cour royale, j'ai proposé à la chambre des requêtes l'admission du pourvoi, et le demandeur l'a obtenue par arrêt du 1er juillet 1846. La chambre civile a donc à trancher un des plus graves débats qui puissent toucher au gage commercial.

172. Voici les faits :

Bénard père, négociant à Honfleur, ayant reçu 64.476 kil. de fers de Suède, écrit, le 14 juillet 1845, à Fourchon, banquier à Paris : « J'ai besoin d'une avance sur les fers que je » viens de recevoir. Je puis dès aujourd'hui » les mettre en entrepôt réel; prêtez-moi de » l'argent, et *je vous remettrai la propriété des* » *fers* jusqu'au parfait payement de vos avan» ces, au moyen d'un transport. »

Fourchon répond : « Je vous avancerai » 16,000 fr. contre le transport en règle de » ces fers. Aussitôt qu'il sera effectué, vous » pourrez tirer pour 16,000 fr. de traites. »

Transfert du 22 juillet, opéré sur les registres de la douane d'Honfleur ; en voici les termes :

« Bénard père déclare céder en entrepôt à » M. Philippe Fourchon, négociant à Paris, re» présenté à Honfleur par M. Auguste Hébert» Desroquettes...., 1,395 barres, fer plat de » 458 millimètres et plus, pesant 58,108 kil. ;

» Plus, 294 barres fer carré de ***, faisant » ensemble 6,368 kil.

» Fait et signé à Honfleur, le... »

Le même jour, Bénard tire pour 16,000 fr. de traites; Fourchon accepte d'abord, et paye ensuite.

Plus tard, Bénard tombe en faillite.

Le premier acte du syndicat fut de prétendre que les fers en question devaient être rapportés à la masse, sans privilège, par Fourchon.

Fourchon répond que les fers lui ont été bien et dûment transférés, et qu'il n'en fera un transfert à la masse qu'autant qu'il sera remboursé de ses avances.

[1] *Suprà*, nº 144.

Jugement du tribunal de Honfleur, qui adopte le système des syndics.

Appel ; arrêt de Caen, du 22 juillet 1843, qui confirme par des motifs dont voici le résumé :

En premier lieu, il n'y a pas eu vente de ces fers de Bénard à Fourchon.

Il n'y a même pas eu vente apparente.

C'est un contrat de gage.

Or, Fourchon n'a pas rempli les formalités de l'article 2074 du Code civil, dont l'accomplissement pouvait seul lui donner privilége.

L'article 95 n'est pas applicable; car il ne dispense des formalités de l'article 2074 qu'autant que les marchandises ont été expédiées d'une place sur une autre au bailleur de fonds. Ici, il n'y a pas d'expédition.

173. Sur le pourvoi en cassation, le demandeur soutenait, entre autres moyens, que les articles 93 et 95 du Code de commerce avaient été mal compris et faussement appliqués par la cour de Caen.

S'attachant à quelques expressions de l'arrêt qui, en effet, étaient fort susceptibles de critique, il lui reprochait de s'être rendu l'écho d'un préjugé suranné, et de n'avoir pas voulu reconnaître franchement un état de choses fondé sur la jurisprudence la plus constante, savoir, que l'article 93 du Code de commerce n'est pas limitatif; qu'il s'applique non-seulement au commissionnaire, mais encore aux prêteurs et à tous autres qui traitent sur nantissement.

Puis, il abordait le fond, et, prenant l'article 93 et l'article 95 du Code de commerce avec la généralité qui leur appartient, il soutenait que l'arrêt, en refusant le privilége sous prétexte que la marchandise n'était pas expédiée d'une place sur une autre, avait fait, dans l'espèce, la plus fausse application de ces articles.

En principe, rien de plus utile au commerce que les prêts sur marchandises et les crédits sur consignation. Cependant il fallait éviter les fraudes, et la loi a pourvu à ce besoin ; pour les prévenir elle exige une possession matérielle ou légale.

A côté de la possession matérielle, qui a lieu lorsque la marchandise est entrée dans les magasins du prêteur, il y a une possession qui n'a pas moins de force, et qui résulte du dépôt de la marchandise dans un entrepôt public. Lorsque ce dépôt a été opéré d'une manière solennelle pour le compte et au nom du consignataire, le déplacement de la possession est alors certain, authentique, réel.

Cependant, il faut le reconnaître, quand le prêteur et le débiteur habitent la même ville, la consignation pourrait dégénérer en fraude. Un débiteur, à la veille de faillir, pourrait, dans un instant rapide, opérer des consignations simulées et favoriser un créancier aux dépens des autres. Aussi la loi n'admet-elle la possession résultant de la consignation que lorsque les parties n'habitent pas la même place. Quand elles habitent la même place, on n'échappe à la nécessité des formes établies par l'article 2074 que lorsque la marchandise voyage. Mais, si elles habitent des places diverses, la marchandise n'a pas à se déplacer matériellement. Le dépôt dans un entrepôt public suffit ; le déplacement réel de la marchandise est inutile.

L'arrêt se fonde, ou croit se fonder, sur l'article 95 du Code de commerce ; et parce que cet article, supposant un commissionnaire à qui des marchandises ont été expédiées d'une autre place, lui attribue privilége de plein droit et sans formalités si les marchandises sont à sa disposition dans ses magasins ou dans un dépôt public, ou si elles voyagent pour son compte, il en conclut que la condition *sine qua non* du privilége est le déplacement matériel de la marchandise, l'expédition de la marchandise d'une place sur une autre.

Mais c'est une erreur. Pour s'en convaincre, il suffit de combiner l'article 93 avec l'article 95. L'article 95 n'exige les formalités du droit commun que lorsque le créancier qui demande le privilége réside dans le même lieu que le débiteur. Donc, s'il réside ailleurs, le simple dépôt, la simple consignation de la marchandise suffit pour donner privilége.

Qu'a voulu la loi? éviter les fraudes. Or, l'acte de transfert en douane n'est-il pas authentique? ne prévient-il pas toute fraude ou dissimulation? Les registres de la douane ne sont-ils pas des registres publics? ne font-ils pas foi des dates qu'ils contiennent? Quelle différence y a-t-il entre un transfert de cette nature et un acte de gage, tel que l'exige l'article 2074 du Code civil?

Le pourvoi citait ici différents arrêts qu'il croyait favorables à sa thèse; il en tirait la conséquence que l'article 95 ne requiert les formalités du droit commun qu'autant que les contractants habitent le même lieu.

174. Dans les observations que je soumis à la cour, je commençai par faire remarquer, en ce qui concerne la jurisprudence des arrêts, qu'aucun n'a été rendu en thèse ; que si quelques-uns d'entre eux contiennent quelques phrases, quelques expressions favorables au système du pourvoi, nul n'a jugé la question précise ; ils sont relatifs à des espèces différentes.

En principe, inutile de rappeler la faveur que méritent dans le commerce les prêts sur consignation de marchandises. « Certum est, » dit Casaregis, quod si mercator sub pignore » mutuans, non esset potior in rebus pignora- » tis, impediretur ac turbaretur mercaturæ » libertas [1]. »

D'un autre côté cependant, il ne faut pas que le gage puisse dégénérer en moyens frauduleux pour frustrer les autres créanciers. La loi

---

[1] *Suprà*, n° 106.

civile et la loi commerciale se sont toujours préoccupées de cette idée. L'article 95 du Code de commerce en est la preuve.

175. Avant d'en examiner la portée, je faisais remarquer à la cour que « l'opération en question ne contient aucun soupçon de collusion ; elle a eu lieu loyalement et de bonne foi. Il y a eu avance réelle ; Fourchon n'a pas voulu suivre la foi de Bénard ; il n'a voulu prêter qu'à la chose. S'il a succombé en première instance et en appel, c'est parce que la forme a emporté le fond, parce que le contrat, licite en lui-même, auquel il a participé, n'a pas été revêtu des formalités voulues par l'article 2074 du Code civil. Or, en matière de commerce, dans des affaires qui reposent sur la bonne foi, sur la confiance, sur la simplicité des moyens, c'est toujours une chose grave que le crédit soit vaincu par les exigences de la forme.

176. » Les articles 93 et 95 du Code de commerce, continuai-je, ont été l'objet de bien des controverses et ont donné lieu à bien des questions. Celle-ci n'est pas une des moins importantes.

» En principe général, les conventions commerciales se font avec rapidité, et la preuve en est dégagée de solennités. Les articles 12 et 109 du Code de commerce en sont la démonstration. On peut dire que ces articles contiennent le droit commun en matière commerciale.

» Le gage, cependant, est placé, à certains égards, dans une situation exceptionnelle. Par crainte de fraudes, on a senti la nécessité de précautions particulières. Mais est-ce dans tous les cas, est-ce d'une manière générale que le gage commercial a été soumis aux formes du droit civil? Si l'on combine l'article 2084 du Code civil avec l'artirle 2074 et avec l'article 95 du Code de commerce, on peut sans hésiter répondre négativement. L'article 93 en est la preuve manifeste.

177. » Quel est le point de vue de l'article 95? Il suppose que le prêteur et l'emprunteur sont dans le même lieu. Alors il veut que le prêt sur gage ne donne privilége sur la chose livrée qu'autant que le prêteur s'est conformé aux dispositions de l'article 2074. Quand même le gage serait prouvé par facture, correspondance, etc., etc., et autres moyens qui ont tant de faveur en droit commercial, tout cela serait inutile; il faut l'acte voulu par l'article 2074 du Code civil [1]. On comprend, en effet, que les consignations faites d'emprunteur à prêteur résidant dans la même place pourraient donner lieu à de graves abus si les tiers n'étaient protégés par de sages précautions [2].

» Mais *quid juris* si le prêteur et l'emprunteur n'ont pas leur domicile dans la même place?

» L'article 93 semble se référer à ce cas [3]. S'il tenait le langage restrictif que l'article 95 tient pour le cas où les parties habitent la même place, la difficulté serait bientôt levée. Mais l'article 93 procède par forme énonciative, et ceci a une grande importance.

» Il suppose donc que les deux parties ne résident pas dans le même endroit, et alors sa pensée se porte sur le cas le plus fréquent, le plus saillant : celui où la marchandise a été déplacée, expédiée, mise en mouvement pour entrer dans la possession du créancier. Alors il reconnaît le privilége sur cette marchandise sans qu'il soit besoin d'obtempérer aux formes de l'article 2074, et cela, cependant, à la condition qu'il en aura la possession civile ou légale, ou même à la simple condition de prouver que ces marchandises voyageaient pour lui arriver.

» Mais ce cas n'est pas le seul qui puisse se présenter. La marchandise peut n'avoir pas été expédiée de la place du débiteur sur la place du créancier; elle peut avoir été déposée dans un dépôt public dépendant de la place du débiteur, pour le compte du créancier qui habite une autre place. Et alors que faut-il décider? Peut-on dire que l'article 93 est limitatif, quoiqu'il ne se serve que d'expressions énonciatives? L'argument qu'on en tire ne peut-il pas se balancer par l'argument *a contrario* que fournit l'article 95? Est-il permis de substituer à ces mots de l'article 95, *résidant dans le même lieu*, ceux-ci : *s'il n'y a pas eu expédition de place en place*, comme le fait l'arrêt? L'article 93 parle du cas où le privilége existe. L'article 95 parle du cas où le privilége n'existe pas. Évidemment, on ne peut soutenir, en vertu de l'article 95, que, dans l'espèce, le privilége n'existe pas; car cette espèce n'est pas prévue par l'article 95, lequel est renfermé dans la thèse où les deux commerçants résident dans le même lieu. Eh bien! peut-on dire, en s'appuyant sur l'article 93, que, parce que le privilége existe dans tel cas prévu par cet article, il n'existe pas dans notre cas qui n'est pas celui de cet article? Ce raisonnement ne serait bon qu'autant que le droit commun en autoriserait la conclusion. Mais le droit commun commercial, expliqué par l'article 2084 du Code civil, est dans les articles 12 et 109 du Code de commerce qui autorisent la preuve par livres, factures, connaissement, correspondance, etc. L'article 95 du Code de commerce n'est qu'une exception à ce droit commun; il faut voir si cette exception doit être étendue à un cas non prévu.

» En un mot, voici ce qu'on peut opposer à l'arrêt :

» L'article 95 du Code de commerce n'exige

[1] *Suprà*, n°s 120 et suiv., 128, 129, etc.
[2] *Suprà*, n° 115.

[3] *Suprà*, n° 161.

l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 2074 que dans des circonstances qui ne sont pas les circonstances de l'espèce. Dans tous les autres cas, il faut s'en tenir à la loi commerciale, au droit commun commercial; donc la preuve du gage, par l'un des moyens des articles 12 et 109, suffit, et l'article 2084 du Code civil autorise peut-être à dire avec Casaregis : « In materia commercii, omnes juris » regulæ silere debent, et non attenduntur, » quando æquitas et bona fides aliud servari » dictat, modo publici commercii bono non » repugnat, sed faveat [1]. »

178. » Or, cette preuve existe : le gage a été donné de bonne foi; le créancier a eu la possession; l'arrêt le reconnaît en fait. Il remplit donc encore cette condition.

179. » Maintenant, la cour portera son attention sur la loi du 8 septembre 1830 [2]. Elle verra si un puissant argument n'en sort pas pour la thèse du pourvoi, et si cette loi ne fixe pas le sens des articles 2084 du Code civil, et 93 et 95 du Code de commerce.

180. » On pourra objecter ceci : Qu'importe que le créancier ait un autre domicile que le débiteur? Le créancier ne peut-il pas se faire représenter sur la place du débiteur par un mandataire? et alors ne retomberait-on pas dans les inconvénients prévus par l'article 95?

» Mais il est facile de répondre que ceci est une question de fait, livrée à l'appréciation du juge; les magistrats verront si le créancier, en se faisant représenter d'une manière permanente sur une place, n'y a pas sa résidence, son domicile, et si cela est ils appliqueront l'article 95 [3].

181. » Du reste, on aperçoit la grande différence qu'il y a entre l'opération faite entre deux négociants éloignés, et celle qui se fait entre deux négociants habitant le même lieu. Dans le second cas, la fraude peut être si soudaine, si rapide, qu'elle trompe toutes les prévisions des tiers; elle a aussi les plus grandes facilités pour agir en vue d'un événement actuel ou imminent. Dans le second cas, il y a plus d'entraves; il faut s'entendre, se concerter par lettres, et la correspondance peut donner des preuves de la fraude. Voilà pourquoi, peut-être, la loi n'a pas cru devoir s'éloigner du droit commun dans ce second cas, espérant que la vérité se ferait jour et que la bonne foi serait plus respectée.

» D'ailleurs, ainsi que le disent très-bien Delamarre et Lepoitevin dans un cas analogue : « Cette espèce implique une expédition » virtuelle de place en place [4]. » C'est comme s'il y avait eu expédition de Honfleur à Paris.

182. » En définitive, le pourvoi peut se réduire à ce raisonnement qui n'est pas sans force : L'article 93 ne soumet à la formalité que les commerçants qui ont une résidence commune [5]. Or, les prohibitions ne doivent pas être étendues. Elles ne doivent pas l'être surtout en matière de commerce, où, comme le disait Cambacérès, *la bonne foi et l'équité sont les véritables règles*.

» Donc, on retombe sous l'influence du droit commun et des articles 12 et 109.

183. » On ne peut se dissimuler, au surplus, que le mode d'opération pratiqué par Fourchon ne soit usuel dans le commerce. Il y a aux pièces un *parère* qui en est la preuve. Il favorise les prêts; il met l'argent en circulation; il permet au commerce maritime de se procurer des capitaux sur des marchandises, avant d'avoir payé les droits de douane. La rédaction de l'acte de gage avec les formalités de l'article 2074 exigerait que le prêteur se fît représenter sur les lieux par un mandataire; qu'on fît une vérification du pesage, mesurage, qualité; qu'on payât des frais de commission, d'expertise. Tout cela occasionnerait des embarras, des longueurs, des dépenses de nature à prolonger les affaires. Sans doute, si la loi, dans sa sagesse, avait clairement exigé ces formes, il faudrait s'y soumettre. Mais les exige-t-elle? C'est là la question, et, dans le doute, vous vous demanderez si la cour royale n'aurait pas dû répondre pour le droit commun commercial et la liberté des conventions. »

184. A la suite de ces observations, la chambre des requêtes renvoya l'affaire à la chambre civile pour y être discutée contradictoirement. Attendons avec confiance la décision de cette chambre, dont les arrêts sont si souvent marqués au coin des bonnes doctrines et de l'expérience.

185. Nous venons de discuter, sous ses faces principales, la question de l'application de l'article 2074 au droit commercial; nous la retrouverons à un autre point de vue aux numéros 219 et suivants. Mais notre sujet ne nous y conduit pas encore, et nous devons porter à présent notre attention sur le détail des formalités dont cet article prescrit l'observation.

186. Et d'abord, l'acte doit nécessairement contenir la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure.

Comme la crainte de la fraude est la base de ces dispositions, le législateur a voulu prendre toutes les mesures nécessaires pour en procurer l'accomplissement. Il s'est montré exigeant, et la jurisprudence n'a pas épargné les créanciers gagistes, qui venaient réclamer un privilége

[1] *Disc.* 190, n° 13.
[2] *Suprà*, n° 123.
[3] *Suprà*, n° 143.
[4] Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 408.
[5] *Id.*, t. 2, n° 399.

sans être en règle avec les prescriptions minutieuses de la loi. Faut-il insister, en effet, sur l'importance de la désignation des choses données en gage? Trop souvent le gage a été un moyen de frustrer les créanciers de bonne foi et d'avantager quelques créanciers favorisés aux dépens des autres. Il ne faut pas qu'on puisse substituer à une chose de médiocre valeur, donnée en nantissement, une chose d'un prix beaucoup plus considérable. Or, s'il n'y avait pas une désignation précise de la chose, il serait impossible de vérifier l'identité et de maintenir intact le droit des tiers. La fraude se jouerait des intentions de la loi; le débiteur, pressé par ces moments de détresse où l'on se prête à tous les expédients, appauvrirait le gage commun de ses créanciers; l'égalité serait rompue au profit de créanciers astucieux et frauduleusement habiles.

187. Et parce que ce danger n'est pas moins à craindre dans les matières commerciales que dans les matières civiles, il s'ensuit que toutes les fois que les parties habitent la même ville (dans les conditions qui rendent l'article 2074 du Code civil applicable aux matières de commerce), on doit tenir la main entre négociants à l'observation de la formalité de la description [1]. L'expérience a prouvé que la mollesse exciterait la fraude, et que le gage servirait de manteau à de criants abus. Savary avait déjà signalé ces abus dans l'ancien régime [2]. Notre siècle n'est pas devenu meilleur, et, sans vouloir en médire, j'oserai pourtant lui appliquer ces paroles de d'Argentré : « *in hac mercatrice et nundinaria ætate*. »

188. Ce n'est que lorsque les parties n'habitent pas la même ville, que les raisons qui ont rendu la description nécessaire disparaissent entièrement. La substitution n'est pas à craindre; ordinairement, c'est dans un dépôt public que les marchandises restent consignées, et il y a beaucoup de difficulté pour y pratiquer la fraude; ou bien les marchandises sont à l'état d'expédition, et l'on peut être rassuré contre des pratiques dolosives pour les tiers; d'ailleurs, comment en ferait-on une description détaillée?

189. Mais, je le répète, si les deux négociants sont en présence sur la place où se trouve la marchandise, le droit commun reparaît avec toutes ses raisons de prévoyance et ses mesures de protection. Il faut que le commerce s'y soumette, malgré quelques gênes et quelques longueurs. Ce n'est pas perdre du temps que d'aviser à la sûreté des tiers; quand la fraude est écartée des affaires, il n'y a rien à regretter.

190. Montrons, par quelques exemples, la sévérité des décisions émanées, soit des tribunaux consulaires, soit des tribunaux civils.

Voici un premier arrêt rendu en matière de commerce :

Dans une négociation où un fabricant d'huile d'Arras avait consigné des huiles contre un prêt de 8 000 francs, et où l'acte portait : *huile de graines*, la cour royale de Douai a décidé que cette désignation n'était pas suffisante; car il se fabrique dans l'arrondissement plusieurs espèces d'huiles, telles que de colza, d'œillette, de lin et autres; que dès lors une substitution était possible [3].

Notez que l'identité des huiles avait été reconnue à l'audience par les parties; mais la rigueur de la forme l'emporta, et l'acte de nantissement fut déclaré nul.

191. La cour royale de Paris a également déclaré nuls des actes de nantissement de vin de Champagne parce qu'il n'y était pas déclaré si le vin était mousseux ou non mousseux, s'il était brut ou travaillé, quelle était l'année de la récolte, si les bouteilles étaient pleines ou cuoleuses [4].

192. Les choses ont été envisagées dans le même esprit dans l'espèce d'un arrêt de la cour de cassation du 4 mars 1811 [5], rendu, non plus en matière commerciale, mais en matière civile.

Un débiteur avait donné en gage à son créancier une bibliothèque d'environ 15,000 volumes de différents formats. Voici dans quels termes la désignation de l'objet donné en gage était conçue : « Douze corps de bibliothè» que de différentes grandeurs, et environ » 15,000 volumes de différents formats, dont » M. Leclerc, libraire à Paris, rédige en ce mo» ment le catalogue, pour qu'un exemplaire » soit annexé au présent état. »

Avant la confection du catalogue, le débiteur tombe en faillite et disparaît.

Par arrêt de la cour royale de Paris, confirmé par arrêt de la chambre civile du 4 mars 1811, il a été décidé que le nantissement était nul par la raison que les livres n'étaient pas désignés par leur format, par leur édition et l'espèce des ouvrages; car rien ne garantissait que l'on n'avait pas substitué des ouvrages d'un très-haut prix à d'autres de peu d'importance [6].

193. Quand plusieurs objets ont été donnés en gage, et qu'on n'a observé la formalité de

[1] Douai, 18 avril 1837 (Dall., 38, 2, 209).
[2] *Suprà*, n° 115.
[3] 10 fév. 1843 (Devill., 43, 2, 198).
[4] Paris, 29 mai 1841 et 15 juin 1841 (Dall., 41, 2, 218).
[5] Dalloz, v° *Nantissement*, et *Pasicrisie*, à cette date.

[6] Lorsqu'une collection de livres est donnée en gage, il faut, pour pouvoir exercer le privilége, que l'acte contienne la désignation individuelle des ouvrages, le nombre des livres, l'espèce, le format, le lieu et l'année de leur impression. *J. de B.*, 1819, 2, 97. Dall., 20, 220.

la description qu'à l'égard de certains de ces objets, et non pas à l'égard des autres, le nantissement n'est pas nul pour le tout; il n'est nul que pour les objets non décrits [1]. Cependant un arrêt de la cour royale de Paris, du 8 juin 1809 [2], a décidé que le nantissement devait crouler pour le tout. Mais, en thèse de droit, cet arrêt ne vaut rien, comme dit Pothier; et s'il a été confirmé en cassation [3], c'est à cause de circonstances particulières dont la cour suprême a été frappée, et auxquelles elle se réfère.

194. Il ne suffit pas que l'acte contienne la désignation des objets donnés en gage; il faut encore qu'il déclare la somme due. Il est important que les tiers trouvent dans l'acte constitutif du nantissement le montant de la créance, qu'ils sont obligés de payer s'ils veulent purger le gage. Il ne faut pas que le débiteur et le créancier puissent s'entendre pour simuler des dettes exagérées.

Si l'acte ne déclarait pas la somme due, les tiers ne seraient pas liés par le titre de nantissement donné à l'opération; ils seraient fondés à n'y voir qu'un dépôt gratuit, et, par suite, le nantissement perdrait toute son efficacité.

195. Du reste, l'article 2074 n'exige pas la mention de la date et de la cause de la créance. Les tiers n'ont donc pas le droit de critiquer l'acte qui ne contient pas ce détail secondaire. S'il ne prouvent pas une simulation positive, ils doivent respecter l'acte dont la forme est calquée sur les prescriptions de l'article 2074 [4].

196. Lorsque l'acte de nantissement n'est pas un acte public, et que les parties ont préféré la forme simple du sous seing privé, il est nécessaire que la pièce reçoive la formalité de l'enregistrement. Le nantissement, en effet, doit avoir une date certaine; sans quoi la fraude pourrait antidater des contrats de nantissement faits dans les dix jours qui précèdent la faillite. c'est-à-dire dans le temps prohibé où nul créancier ne peut améliorer sa position aux dépens des autres créanciers. C'est par l'enregistrement que notre article veut que l'acte sous seing privé acquière cette date certaine qui, dit Gary, « exclut toute idée de fraude » et de collusion entre le détenteur et le pro- » priétaire du gage [5]. »

197. Mais, puisque le but de la loi a été de donner à l'acte la certitude de sa date, ne peut-on pas admettre que si ce même acte a acquis une date certaine par une cause autre que l'enregistrement, l'enregistrement sera utilement remplacé? Ainsi, par exemple, le décès de l'une des parties ne devra-t-il pas être pris en considération, ainsi qu'il l'est par l'article 1328 du Code civil?

Comme la matière des priviléges est en général considérée comme étant de droit étroit, la majorité des auteurs, d'accord avec quelques arrêts, inclinent pour l'observation rigoureuse de l'enregistrement. L'article 2074 n'ayant pas parlé d'équipollents, on a pensé que la pratique n'en devait pas admettre, et l'on a rejeté l'article 1328, comme inapplicable à une matière dans laquelle la préférence réclamée par un créancier ne peut se justifier que par la rigide observation de la loi.

198. C'est pourquoi la question s'étant présentée de savoir si le timbre de la poste ne suffirait pas pour donner à l'acte la date certaine que la formalité de l'enregistrement a pour but de constater, la négative a été jugée par arrêt de la cour royale d'Aix du 27 mai 1845 [6].

199. J'avoue que cette jurisprudence me paraît trop formaliste, et j'aimerais mieux voir les arrêts entrer dans une voie moins minutieuse.

Il est avéré par tous les antécédents de la question, et par les déclarations expresses de Gary, que l'article 2074 n'a pas voulu autre chose que procurer à l'acte de nantissement une date certaine. Il ne s'agit pas ici d'une formalité pareille à celles que la loi a établies pour la validité de l'hypothèque, acte public, inscription, etc. La formalité de l'enregistrement n'est qu'un auxiliaire destiné à certifier l'acte. Or, je ne vois pas pourquoi, dans un cas pareil, l'article 1328 ne serait pas pris en considération.

Ajoutons un rapprochement :

L'ordonnance de 1673 n'admettait comme preuve du nantissement à l'égard des tiers qu'un acte notarié [7]. L'article 2074 a pensé que cette rigueur était excessive, qu'il ne fallait pas forcer les parties à recourir nécessairement au ministère des notaires, et que l'acte sous seing privé devait être admis. Mais, en lui donnant accès, n'est-il pas clair qu'il a entendu que l'acte sous seing privé jouirait du privilége de certitude qui lui est acquis par le droit commun, c'est-à-dire par l'article 1328? En un mot, acte enregistré signifie ici acte ayant date certaine. Donner un autre sens à ces expressions, ce serait les prendre trop à la lettre; car l'enregistrement n'est nullement une de ces formalités constitutives, tenant à un système de mise en demeure des tiers et de publicité. Il ne faut pas le comparer à la transcription de la donation, à l'inscription de l'hypothèque, etc.

---

[1] Duranton, t. 18, n° 522. Devill., *loc. cit.*, note.
[2] *Pasicrisie*, à cette date.
[3] 4 mars 1811. *Ib.*
[4] Duranton, t. 18, n° 518.
[5] Fenet, t. 15, p. 215.
[6] Dall., 45, 2, 118. *Junge* Duranton, t. 18, n° 514. Zachariæ, t. 3, p. 170, note 5, édit. belge, t. 2, § 433, se prononce pour les équipollents. *Junge* Delvincourt, t. 3, p. 438; et Dall., t. 10, p. 397, n° 4; édit. belge, t. 20, p. 220.
[7] *Supra*, n° 108.

On a pensé que l'arrêt de la cour de cassation du 8 juillet 1820, que nous avons rapporté ci-dessus [1], tranche la question contre les équipollents [2]. Il n'en est rien. L'arrêt du 8 juillet 1820 a une tout autre difficulté en vue; il s'occupe, non pas de l'enregistrement, mais de l'acte en soi, et de la nécessité de le produire pour jouir du privilége.

200. Dans quel délai sera fait l'enregistrement de l'acte de nantissement sous seing privé?

L'article 2074 ne prescrit aucun temps spécial ou de rigueur pour l'enregistrement des actes de nantissement sous seing privé; il suffit que cet enregistrement ait lieu avant l'époque où des tiers ont pu acquérir des droits [3].

201. Mais s'il n'était enregistré qu'après la faillite du débiteur, l'acte de nantissement ne saurait être opposé aux créanciers de la masse [4].

202. Lorsque l'état des objets livrés en gage n'est pas donné dans l'acte de nantissement et qu'il est annexé à cet acte, il doit être enregistré comme l'acte lui-même pour avoir date certaine; sans quoi, les fraudes que la loi a voulu empêcher seraient facilement pratiquées [5].

203. L'acte de nantissement fait sous seing privé n'est pas soumis à la formalité du fait double. Cet acte a été imposé au créancier dans ses rapports avec les tiers; il n'est pas l'expression d'une convention parfaitement synallagmatique [6].

204. Ici se termine ce que nous avions à dire sur les formalités exigées par l'article 2074 du Code civil. Avant d'aller plus loin, il reste un point à éclaircir.

Si les parties, au lieu de passer un contrat de gage, employaient la forme simulée d'une vente, les tiers pourraient-ils contester la validité du nantissement? Pas plus, à mon sens, que l'on ne peut critiquer, sous le rapport de la forme, une donation déguisée sous la forme de vente. Les formes de la donation sont cependant très-solennelles. Elles ont été introduites dans un but d'utilité manifeste. Et pourtant, il est certain que les formes d'un contrat onéreux, tel que la vente, peuvent les remplacer utilement. Pourquoi donc, dès lors, la vente extérieure ne pourrait-elle pas être mise en œuvre pour remplacer le gage? C'est ce que je ne saurais comprendre. Nous verrons plus tard, toutefois, que ce point a été contesté par beaucoup de bons esprits [7].

205. Après nous être occupé de la formalité qui donne vie au privilége à l'égard des tiers, nous devons parler des conditions intrinsèques dont ce privilége dépend en soi. De nouvelles difficultés nous attendent ici. Mais comme les auteurs s'en sont peu occupés, en général [8], il nous faudra scruter la jurisprudence pour suppléer aux lacunes de la doctrine.

Ces conditions ne sont pas très-nombreuses; mais elles sont graves. Elles se rattachent à la possession de la chose, à l'étendue de la créance privilégiée, à la relation de la créance avec la chose.

En ce qui concerne la possession, nous nous en occuperons dans notre commentaire de l'article 2076. Nous y renvoyons.

206. Pour ce qui est de l'étendue de la créance, les principes sont bien simples en matière civile. L'étendue de la créance doit être exprimée dans l'acte qui constitue le gage [9]; le privilége ne profite qu'à la somme qui y est déclarée. Quand même la somme prêtée serait plus considérable en réalité, le créancier serait lié par les énonciations de l'acte. Il devrait s'imputer à lui-même d'avoir été peu attentif à préciser ses droits.

207. Dans les matières commerciales et lorsque les parties se trouvent en dehors de l'article 93, il y a plus de difficulté; car alors n'existe pas l'acte spécial qui fixe la position du créancier à l'égard des tiers. Il y a cependant une règle qui semble tout simplifier : c'est que le consignataire est privilégié pour ses avances [10]. Mais qu'entend-on par *avances?* Des controverses se sont élevées sur ce point, et l'intérêt des tiers s'est mis en mouvement pour en réduire autant que possible la portée. On conçoit cet effort. Mais l'intérêt des créanciers gagistes a lutté de son côté *pro aris et focis*, et de ce choc est sortie la vérité.

208. Aujourd'hui on est à peu près d'accord sur ce point : c'est qu'il faut entendre par avances tout ce dont le commissionnaire s'est mis à découvert en vue de la chose ou à raison de la chose, ou à cause du mandat [11].

209. On a cependant soutenu, et un tribunal jugeant commercialement a même jugé, que l'article 93 ne protége que les frais faits à l'occasion de la marchandise et pour sa conservation, tels que transport, déchargement, emmagasinage, réparations, soins, etc., etc. Mais tout le monde est aujourd'hui revenu d'une telle erreur. Le privilége, dit la cour de cassation dans un arrêt du 22 juillet 1817 [12],

[1] Nos 197 et suiv.

[2] Zachariæ, *loc. cit.*

[3] Metz, 22 décembre 1820, *Pasicrisie*, à cette date. Duranton, t. 18, no 513.

[4] Arg. du même arrêt. *Junge* Duranton, t. 18, no 513.

[5] Duranton, t. 18, no 520.

[6] *Id.*, no 517.

[7] *Infrà*, voy. ce qui concerne le gage des créances, nos 272 et 297, et *suprà*, no 170, l'espèce de l'affaire Fourchon.

[8] J'excepte Delamarre et Lepoitevin.

[9] *Infrà*, nos 455, 456.

[10] Art. 93, C. de comm.

[11] Cass., 8 juin 1829; *Pasicrisie*, à cette date. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, nos 391 et 421.

[12] *Pasicrisie*, à cette date.

le privilége introduit en faveur du commerce, a pour but de donner au commettant un moyen facile d'obtenir des fonds du commissionnaire consignataire, en offrant à celui-ci des sûretés sur les marchandises dont il se trouve nanti ; dans l'esprit comme dans la lettre de la loi, ce privilége est général ; il s'applique sans distinction à toute espèce d'avances faites pour les marchandises consignées ou pour toute autre cause, sous la garantie de ces mêmes marchandises. L'article 93 indique l'étendue du privilége par ces mots : *avances, intérêts et frais*, qui excluent évidemment toute restriction aux seuls déboursés faits à l'occasion des marchandises.

210. Ainsi, le prêteur est privilégié, non-seulement pour les déboursés relatifs à la marchandise, mais encore pour les prêts faits en vue de cette marchandise, pour les crédits ouverts à raison d'icelle, pour toutes les opérations quelconques qui ont exigé des avances faites en contemplation de l'objet consigné [1].

211. Telle est aussi la jurisprudence anglaise, invoquée avec raison par Delamarre et Lepoitevin au soutien de cette doctrine [2]. Paley enseigne positivement que le droit du commissionnaire ne se borne pas à retenir la chose pour tout ce qui lui est dû à l'occasion de cette chose ; il la retient pour toutes ses créances commerciales indistinctement, pour tout ce qu'il a avancé depuis qu'il a été saisi de la chose ; car il a été fondé à voir dans la marchandise sa garantie. C'est là le droit commercial universel [3].

212. Remarquons-le bien toutefois : dans les affaires de commission et autres où le gage se forme tacitement, on n'entend par *avances* que ce qui a été avancé depuis l'expédition ou après la consignation. Si le commissionnaire avait fait des avances antérieures à la consignation, il n'aurait pas le droit de retenir les marchandises en vertu de l'article 93 du Code de commerce [4]. En faisant les avances avant d'être nanti, et d'avoir même l'espérance qu'il le serait, il a suivi entièrement la foi du débiteur [5]. Il n'en est pas du commissionnaire dont le gage est tacite, comme du prêteur qui n'est créancier qu'en vertu de la convention, et qui, par cette convention, règle sa position et peut stipuler que le gage viendra après le découvert. Nous le répétons : le commissionnaire est dans une situation autre. Il ne pourrait réclamer un gage sur la chose livrée postérieurement qu'autant qu'il serait intervenu une convention expresse entre les parties. Sans cette convention, il n'est pas fondé à prétendre que sa créance rentre dans la classe des avances privilégiées. Car, au moment où il s'est mis à découvert, rien ne l'autorisait à voir sa garantie dans des marchandises qui n'étaient pas en sa possession. Ce n'est pas en vue de ces objets qu'il a prêté ; il a prêté à la personne et non à la chose. Il ne saurait changer *ex post facto* sa condition. Mais nous allons revenir bientôt sur ce sujet [6].

213. A part cette restriction essentielle, qui est aussi équitable que juridique, on voit que le mot *avances* est pris d'une manière large et favorable par la jurisprudence. Il faut rendre hommage à la cour de cassation, à laquelle on doit surtout cette libérale interprétation.

C'est dans cet esprit qu'a été rendu par elle un arrêt qui décide même qu'il est censé y avoir avances, dans le sens de l'article 93 du Code de commerce alors que le commissionnaire, avant d'avoir payé, a accepté des lettres de change pour le commettant, et que, par suite de cette acceptation, le commettant a négocié ces effets et en a touché le montant de la part des tiers. L'acceptation a procuré au commettant les fonds qui l'ont enrichi, et la marchandise consignée en vue de cette acceptation en doit répondre [7].

214. Maintenant, passons à un autre ordre d'idées, et occupons-nous de l'étendue du privilége sur la chose même, c'est-à-dire de la relation de la créance avec la chose. Ici encore se rencontrent des questions graves et intéressantes. C'est surtout le droit commercial qui les fait naître. Rien n'est plus riche que ce droit sur la matière du gage ; rien n'est plus nécessaire à étudier par ceux qui veulent l'approfondir.

Avant tout cependant, posons quelques règles essentielles à rappeler, et que nous puisons dans le droit civil. Le droit civil est le principe du droit commercial. C'est presque toujours en lui que la jurisprudence commerciale doit prendre son point d'appui, et ce serait un tort grave que de faire sans nécessité une jurisprudence commerciale *sui generis*, sans liaison avec le droit civil [8].

215. De la combinaison des articles 2073 et 2074 il résulte que l'étendue du privilége se mesure sur la dette, et que la chose n'est affectée que jusqu'à concurrence de la dette. Il y a une liaison intime entre la dette et la chose. Si la chose est affectée, c'est pour la sûreté de la dette en vue de laquelle le gage a été donné (article 2083). Mais elle n'est pas affectée par les dettes étrangères à la constitution du gage, par les dettes pour sûreté desquelles le gage n'a

[1] Cass., 23 juin 1830 ; *Pasicrisie*, à sa date.
[2] T. 2, n° 391.
[3] *Infrà* n° 407.
[4] Cass., 18 mars 1845 (Devill., 45, 1, 258, 259). Rouen, 29 novembre 1838 (Devill., 39, 2, 34). Douai, 29 novembre 1843 (Devill., 44, 2, 146). *Infrà*, n°s 226 et 216.
[5] *Infrà*, n° 246.
[6] *Infra*, n°s 219 et suiv.
[7] Cass., 4 juillet 1826, req. *Pasicrisie*, à cette date.
[8] Voy. notre *Préface*.

pas été donné. On a vu au n° 212 une application de cette idée.

216. Il est donc bien important de renfermer dans cette limite l'affectation du gage. On bouleverserait tous les principes si on l'étendait au delà ; ce serait donner une préférence à des créances qui n'y ont pas droit ; ce serait briser l'égalité entre créanciers dont le sort doit être le même, tant qu'il n'y a pas entre eux une cause légitime de privilége.

217. Cette liaison entre la dette et la chose ne dépend pas du temps dans lequel le gage a été donné. Que la dette soit antérieure au gage, lequel n'a été exigé et donné qu'après coup, ou bien que le gage ait été donné en même temps que l'argent, ou même qu'il ait été livré avant le déboursé, tout cela est indifférent. Ce qui est à considérer, c'est que le gage ait été fourni en contemplation de telle somme payée ou devant être payée [1]; c'est qu'il ait été affecté précisément par la volonté des parties à cette somme. Les lois romaines ont, dans leurs vastes prévisions, porté leur attention sur ces points de doctrine. Le gage, disent-elles, peut-être donné, soit pour un contrat qui se forme, soit aussi pour un contrat déjà formé ; *et sive in præsenti contractu, sive etiam præcedat.* Telles sont les paroles de Marcianus [2]. Ne les oublions pas ; elles nous seront bientôt nécessaires pour répondre à quelques sophismes.

218. En droit civil donc, le privilége existe soit que la somme ait été payée avant la réception du gage, soit qu'elle n'ait été payée qu'après. Il suffit que la convention établisse un lien intime entre la chose et la dette, et ait affecté celle-là à celle-ci.

219. Si tout cela est vrai en droit civil, il semble qu'à plus forte raison le droit commercial, si ennemi des subtilités, a dû s'approprier des principes aussi clairs et aussi simples. Ils y sont cependant l'objet de controverses très-sérieuses. Ce n'est pas qu'on révoque en doute que le nantissement puisse s'adapter *ex post facto* à une dette préexistante. Pierre a fait des avances à François ; ce dernier lui doit 25,000 fr. Pierre, voulant avoir des garanties, exige, six mois après, que François lui envoie des marchandises en nantissement. Il le peut ; mais, suivant quelques-uns, il ne sera valablement nanti qu'autant qu'il aura passé avec François un acte formel de nantissement ; et cela, lors même que les parties n'habiteraient pas la même place, lors même qu'il y aurait eu expédition. Supposez, au contraire, que Pierre n'ait déboursé ses 25,000 francs que lorsque déjà François lui avait remis la possession effective ou virtuelle de marchandises ; alors la passation d'un acte exprès ne sera pas nécessaire ; le gage existera de plein droit comme élément de l'opération ; il suffira que l'agissement soit prouvé par les moyens ordinairement reçus en matière commerciale.

Telle est la thèse qui tend de toutes ses forces à devenir dominante. A ce point de vue, on ne s'inquiète pas de savoir si c'est le gage, qui a été donné en contemplation de la dette ; on veut rigoureusement que ce soit l'argent qui ait été donné en contemplation d'un gage déjà livré.

220. C'est sur l'article 93 du Code de commerce qu'on se base pour établir cette différence profonde entre le cas où les avances ont précédé la consignation, et celui où la consignation a précédé les avances. On subtilise sur les mots, on éjudche la lettre, et l'on arrive à se persuader que l'article 93 a établi un droit différent pour l'un et pour l'autre cas. Il faut l'avouer : bien que la droite raison n'aperçoive pas le motif d'une telle diversité, la pratique des tribunaux a quelquefois prêté à l'art. 93 du Code de commerce ce sens au moins extraordinaire, et l'usage commercial est menacé d'être vaincu par des distinctions inintelligibles pour les négociants de bonne foi.

221. Comme cette matière est très-importante, nous devons nous y arrêter quelque temps. Nous examinerons les espèces ; nous ferons un triage des cas particuliers, et nous tâcherons de ne pas faire de faux pas dans cette route, rendue difficile par d'imposants préjugés.

En prenant pour point de départ l'hypothèse favorite et non contestée où les avances ont suivi la consignation, on arrive de degré en degré à des situations qui s'en éloignent et dont il faut apprécier les nuances.

222. Voici d'abord celle qui s'en rapproche le plus :

Pierre m'annonce, par une lettre de Bordeaux, qu'il va me faire tenir le connaissement d'un chargement de vins qu'il me destine en consignation, et il me prie d'accepter ses traites sur Rouen où je réside. Je donne mon acceptation, avant d'avoir reçu le connaissement. En attendant, le chargement s'opère et le connaissement m'est adressé. Sur ces entrefaites, et le navire n'étant pas encore parti quoique chargé, Pierre fait faillite, et Jacques, qui a vendu les vins, les revendique et les fait saisir. Y sera-t-il fondé? Non, dit un arrêt de Rennes du 12 juin 1840, cité et approuvé par Delamarre et Lepoitevin [3]. Je n'ai accepté les traites qu'à la condition qu'un connaissement me serait remis, et cette promesse m'a été faite avant toute faillite. Or, la remise du connaissement venant à se réaliser, l'effet en remonte au jour de la convention. Je possède ; j'ai la disposition de la marchandise : *Melior est causa possidentis.*

---

[1] *Suprà*, n° 212.
[2] L. 5, D., *de pignorib. et hypoth.*
[3] T. 2, n° 410.

223. On le voit : le commissionnaire avait fait ses avances avant d'avoir reçu le connaissement, c'est-à-dire la marchandise. Mais ce connaissement lui avait été annoncé positivement, il lui avait été promis comme condition de son prêt, et l'effet n'avait pas tardé à suivre la promesse. Si cependant on avait voulu s'en tenir au système qui exige que la tradition du gage soit l'antécédent du prêt, le commissionnaire aurait dû succomber ; et certes ce ne serait pas sans un grand dommage pour le commerce qu'une telle jurisprudence prévaudrait. Les traites à accepter arrivent plus vite que le connaissement, qui ne peut être délivré que lorsque les longues opérations du chargement sont terminées. Il faudra donc laisser le crédit en suspens, et perdre un temps précieux. Non ! l'article 93 ne saurait être entendu en tenant si peu de compte des besoins du commerce. Cet article veut favoriser le crédit et les expéditions. Il faut que les juges lui donnent le sens qui facilite le plus le mouvement des capitaux et des marchandises, et non celui qui les paralyse ou les entrave.

224. Cet arrêt de Rennes n'est pas le seul qui ait donné à l'article 93 du Code de commerce ce sens raisonnable. Je trouve dans les recueils un arrêt conforme de la cour royale de Bordeaux du 28 janvier 1839 [1], et un arrêt de la cour royale de Dijon du 10 avril 1843 [2]. Pour éviter la fatigue, je me contente de rappeler l'espèce du second de ces arrêts.

Vincent aîné, marchand de vins à Romanèche, demande aux frères Loran, commissionnaires à Bercy, une avance de fonds, leur annonçant l'expédition des vins qui garantissent le decouvert. L'avance fut effectuée et les vins partirent ensuite. Un double de la lettre de voiture fut remis aux frères Loran.

Les vins, quoique partis le 6 décembre 1840, n'arrivèrent à Paris qu'en mars 1841, par suite de la difficulté de la navigation et des rigueurs de l'hiver. A ce moment, Vincent était en faillite. Les syndics revendiquèrent les vins entre les mains de Loran. Mais l'arrêt de la cour royale maintint ceux-ci dans leur privilége. Interprétant l'article 93 dans un sens équitable et non étroit, elle décida que quoique les avances eussent précédé l'envoi de la marchandise, cependant l'opération ne constituait pas moins ce que l'article 93 appelle *avances sur marchandises*. Car l'avance n'avait été faite que sous la condition de l'expédition, et l'expédition s'était réalisée; elle avait nanti le commissionnaire avant la faillite. *Melior est causa possidentis*.

225. Ces trois arrêts sont dignes de considération ; et si on les combine avec un arrêt de la cour de cassation du 23 avril 1816 [3] qui juge positivement que le privilége existe sur la marchandise en vue de laquelle le prêt a été fait, et cela encore bien que l'existence de la créance eût précédé l'expédition de la marchandise, on est frappé de la gravité de ces autorités qui réunissent dans le même accord la cour de cassation et deux cours royales éclairées. Pour moi, je recommande ces arrêts aux magistrats qui ne voudront pas s'écarter du véritable esprit de l'article 93. Au nom de l'intérêt du commerce, n'empêchons pas les avances de précéder l'envoi de la marchandise ; ces avances sont une providence pour ceux qui les reçoivent ; arrivées en temps opportun, elles deviennent entre les mains de l'emprunteur un moyen de faire fructifier son commerce et de prévenir des faillites.

226. Faut-il regarder comme contraire un arrêt de la cour d'Aix du 11 janvier 1831 [4]? L'arrêtiste ne fait pas connaître avec précision les conventions intervenues entre le prêteur et l'emprunteur, et il résulte des motifs de l'arrêt que le prêteur avait accepté et payé les traites, non-seulement avant d'avoir reçu le connaissement, mais avant d'avoir reçu l'avis de l'expédition ; en sorte qu'il avait suivi purement et simplement la foi de l'emprunteur. Il est vrai que plus tard un connaissement avait été adressé par l'emprunteur au prêteur ; mais ce connaissement devait-il s'appliquer, dans l'intention des parties, à couvrir les opérations antérieures? Rien, ni dans les faits ni dans l'arrêt, ne permet de le supposer ; il semble que le chargement expédié était plutôt destiné à servir de gage pour le payement de nouvelles traites venant plus tard à échéance. Dans cet état de choses, il n'est pas étonnant que l'arrêt ait refusé le privilége. C'était rentrer dans les idées que nous émettions tout à l'heure et d'après lesquelles le gage n'est pas affecté par les créances qui lui sont restées étrangères [5]. On pourra se rappeler que ce n'est pas la première fois que nous les émettons. Nous les avons fait ressortir dans notre commentaire des *Priviléges et hypothèques*, en parlant de l'ouvrier qui, recevant des matières premières pour les travailler, et les ayant rendues sans avoir été payé de son salaire, aurait la prétention d'affecter à son gage d'autres matières premières remises après coup, sans que la convention les ait formellement engagées entre ses mains à titre de garantie [6].

227. C'est dans une hypothèse semblable qu'a été rendu un arrêt de la cour de Douai du 29 novembre 1843, qui n'a peut-être pas toujours été apprécié à sa véritable portée par les arrêtistes. On va voir que les faits n'établis-

[1] Dall., 39, 2, 142.
[2] Dall., 44, 2, 69. *Junge* Rouen, 4 juillet 1842 (Dall., 43, 2, 214).
[3] *Pancrine*, à cette date. Chambre civile, rejet.
[4] Dalloz, 31, 2, 117.
[5] *Supra*, nº 212.
[6] T. 1, nºs 259 et 178.

saient aucune liaison conventionnelle entre les avances et le chargement servant de gage.

Duez-Dubrunfaut envoie à Charles Carlier un connaissement de cinquante pièces d'eau-de-vie qu'il passe à son ordre, avec prière de lui faire des avances. Charles Carlier fait des avances après la réception du connaissement. Nul doute que ces avances ne fussent privilégiées ; elles avaient été faites sur la foi de la consignation. Mais, avant cette negociation, Charles Carlier avait fait d'autres avances à Duez-Dubrunfaut. Il voulait que son privilége sur les eaux-de-vie s'étendît à ces avances. L'arrêt de la cour de Douai du 29 novembre 1843 décida, d'accord avec le tribunal de commerce de Dunkerque, que ces avances n'étaient pas privilégiées; car les avances *n'avaient pas été faites en contemplation des eaux-de-vie consignées*, et, à l'époque où les parties avaient contracté, le créancier *n'avait pas même eu la pensée de recevoir un jour ces eaux-de-vie en consignation*.

228. On le voit : il est important de ne pas donner trop de portée aux motifs sur lesquels s'appuie cette décision. Si je ne me trompe, l'arrêt de Douai est plutôt en fait qu'en droit ; il ne fait pas profiter le privilége aux avances antérieures par la raison que la convention ne l'a pas voulu. Il interprète la volonté des parties en ce sens, qu'elle avait affecté les marchandises aux avances postérieures, et non aux avances antérieures à la consignation.

229. Ces décisions écartées, il est temps d'arriver à des arrêts contraires. Il en est deux de la cour royale de Nîmes du 7 juin 1843, qui, malgré la convention la plus formelle, ont refusé le privilége aux avances antérieures à la tradition du gage [1]. Cette jurisprudence a été un sujet d'inquiétude dans les pays où se fabrique la soie. Là, les villes manufacturières étaient dans l'usage de faire des avances à ceux qui cultivent le mûrier et élèvent les vers à soie; et par ces avances elles les aidaient à faire leur récolte et à préparer pour la fabrication la matière première. J'ajoute que, dans l'opinion commune des commerçants, on tenait que les avances faites en vue de livraisons futures, étaient privilégiées sur les produits que le débiteur envoyait ensuite au prêteur.

230. Par exemple, un négociant de Saint-Étienne faisait des avances à un moulinier en soie de l'Ardèche, et stipulait que ce dernier lui enverrait en nantissement une partie de marchandise sortie de son usine. Quand le moulinier avait produit, il réalisait la consignation, et le négociant de Saint-Étienne se payait sur son gage.

On sent combien cette manière de procéder était favorable à l'industrie qui fait la richesse des départements du midi ; elle mettait des ressources à la portée des producteurs de la matière première, et elle donnait aux capitalistes les sûretés nécessaires pour leurs avances.

Eh bien ! les arrêts de Nîmes, se croyant enchaînés par l'inexorable lettre de l'article 93, ont décidé que ces avances, faites en contemplation de la marchandise future, n'étaient pas privilégiées. Bien que le prêteur eût été nanti de la marchandise même, on la lui a retirée par la raison que l'article 93 n'autorise le privilége que pour les avances faites après l'expédition, et non pas pour les avances faites en contemplation d'une consignation attendue.

231. Pour faire ainsi violence aux habitudes et aux intérêts du commerce, pour paralyser à ce point les transactions et arrêter l'essor du crédit, il faudrait de puissantes raisons de droit. En existe-t-il? C'est ce qu'on va voir.

Dans l'ancienne jurisprudence commerciale, on ne doutait pas que le commissionnaire ne fût privilégié autant pour les avances antérieures que pour les avances postérieures ; et voici comment Valin s'exprimait sur le compte de ceux qui mettaient en doute un droit si utile aux intérêts du commerce :

« Cela est si naturel et si juste, qu'il est étonnant qu'il se soit rencontré des *gens osaes chicaneurs* pour disputer la compensation en pareil cas, de même qu'en tous autres où le négociant se trouve nanti, *soit avant, soit après les avances*. Aussi ont-ils succombé tout autant de fois qu'ils ont eu la témérité d'élever la question. »

Puis Valin insiste pour faire ressortir combien « *les opérations qui produisent la circulation vive du commerce sont favorables et méritent d'être protégées* [2]. » Cette doctrine est bien formelle ; elle émane d'un jurisconsulte aussi expérimenté que savant. Elle atteste la pratique commerciale dans ce qu'elle a de plus vrai et de plus constant.

232. L'article 93 a-t-il dérogé à cet usage? A-t-il limité le privilége aux avances faites après l'expédition? A mon avis, il faut entendre cet article d'une manière bien étroite pour lui prêter ce sens restrictif, si contraire aux lois du commerce, à l'usage, à la bonne foi !

L'article 93 veut que le commissionnaire ait fait des avances sur la marchandise. Est-ce que l'avance n'est pas faite sur la marchandise alors même qu'elle précède l'envoi du gage, pourvu toutefois que ce soit en contemplation de cette marchandise annoncée et promise que des anticipations ont eu lieu? Est-ce que l'avance n'est pas liée au gage et le gage à l'avance, de telle sorte que l'avance repose sur le gage? Comment! on prétendra donc qu'un prêt n'est pas un prêt sur gage parce que l'argent aura été payé d'abord et le gage délivré ensuite? Eh!

[1] Devilleneuve, 45, 1, 258, 259; Dalloz, 45, 1, 242.

[2] T. 1, p. 610, sur le tit. 10, art. 3, de l'ordonn. de la marine.

qu'importe que l'argent précède le gage ou le gage l'argent, si la convention unit l'argent et le gage d'un lien qui affecte l'un à l'autre? Quoi! l'argent donné en contemplation du gage réalisé sera de meilleure condition que lorsque le gage est donné par suite d'un argent déjà avancé en contemplation des sûretés qu'il offre? Et l'on viendra dire que l'avance n'est pas faite sur le gage donné après coup, quoiqu'il soit bien entendu entre les parties que l'argent a sa garantie dans ce gage, et qu'il n'ait été déboursé taxativement que pour être affecté sur cette marchandise? J'avoue que je voudrais une interprétation plus large, plus équitable, de la loi commerciale qui repousse si énergiquement les subtilités, et s'adresse au simple et gros bon sens de tout ce qui fait le négoce.

233. Puis, l'article 93 l'exige pour l'existence du privilége, dans le cas par lui prévu, que la marchandise soit expédiée. Est-ce donc que, dans les espèces jugées à Nîmes, la marchandise n'avait pas été expédiée et déplacée? est-ce qu'elle n'était pas passée des mains de l'emprunteur dans celles du prêteur? est-ce que le prêteur ne la détenait pas, non pas seulement virtuellement par le connaissement et la lettre de voiture [1], mais en réalité et d'une manière effective? Que faut-il donc de plus?

234. L'interprétation que je combats s'imagine de bonne foi qu'elle s'en tient à la lettre de l'article 93, tandis qu'elle ajoute arbitrairement à la lettre de cet article. Elle lit l'article 93 comme s'il y avait : ***Tout commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises à lui*** **DÉJA** ***expédiées d'une autre place.*** Or, ce mot **DÉJA** n'est pas dans l'article 93; on l'y introduit sans raison, sans nécessité, sans que la pensée du législateur le sous-entende. Placez-vous, en effet, au moment où le commissionnaire réclame son privilége. Est-ce que toutes les conditions de l'article 93 ne se réalisent pas? Est-ce qu'il n'y a pas eu des avances? Est-ce que le contrat ne les a pas affectées sur des marchandises désignées? Est ce que les marchandises n'ont pas été expédiées?

235. Le vice de cette fausse interprétation vient de ce qu'elle ne voit pas que l'article 93 ne fait que donner l'énumération des conditions requises au moment où le privilége est réclamé. En effet, le législateur se place à l'instant où éclate la faillite; il jette un coup d'œil rétrospectif sur le passé; il déclare ce qu'il faut que le gagiste ait fait pour être privilégié. Nos adversaires ne comprennent pas cette situation. Eux, ils se placent au moment du prêt, et ils veulent que la marchandise soit déjà expédiée pour que l'avance soit utilement faite. Où ont-ils vu que le législateur ait préféré cet aperçu exclusif? Est-ce que la tournure de la phrase ne se prête pas autant et mieux à notre système qu'au leur? Et d'ailleurs, croient-ils qu'il faille si peu de chose pour renverser les précédents, l'usage, toute l'ancienne jurisprudence, toutes les garanties contre les *chicaneurs?*

236. On a cependant cherché des raisons de décider et on s'est flatté d'en avoir trouvé. Écoutons-les :

Pourquoi, l'égalité entre créanciers étant la règle, le législateur a-t-il cependant créé un privilége au profit du commissionnaire? Parce que ce créancier a été plus prudent, plus sage que les autres créanciers. Ceux-ci se sont contentés de la parole du débiteur; s'ils sont trompés, ils sont victimes de leur imprudence. Au contraire, le commissionnaire qui n'a fait des avances que contre la délivrance effective de la marchandise n'a voulu courir aucune chance; il n'a livré son argent d'une main que parce qu'il recevait de l'autre des sûretés. Il a été sage : ***Vigilantibus jura scripta sunt*** [2].

Mais, si au lieu d'un commissionnaire qui a traité avec cette prudence, vous mettez un commissionnaire qui a commencé par se mettre à découvert, attendant de la bonne foi du débiteur de lui envoyer des marchandises, ce commissionnaire n'a pas été plus sage que les autres créanciers; comme eux, il s'est fié à la bonne foi du débiteur; comme eux, il doit subir les conséquences de son imprudence. Tel est le résumé non affaibli des raisons du système adverse.

237. Pour moi, je le demande, est-il possible de s'arrêter à de pareils arguments? Comment! le créancier qui n'a déboursé son argent qu'à la condition d'être couvert par un gage n'a prêté qu'à la bonne foi du débiteur? Il n'a pas voulu joindre à la promesse de la personne la sûreté de la chose? Quoi! il est nanti par une précaution que sa prudence lui a dictée; il est réellement nanti d'un objet qui est retiré de la masse des biens possédés par le débiteur! cet objet n'appartient désormais au débiteur que d'une manière imparfaite et sous la condition de payer; les autres créanciers sont obligés de venir chercher cette chose entre les mains du commissionnaire, qui la détient réellement ou virtuellement; possesseur, il peut écarter leurs recherches en disant : ***Melior est causa possidentis*** [3], et l'on viendra dire qu'il est dans la même condition que les créanciers qui n'ont aucun nantissement, aucune sûreté, aucune possession! C'est à n'y pas croire. Et depuis quand la promesse de gage n'arrive-t-elle pas à toute l'efficacité du gage proprement dit, quand la tradition a eu lieu et que le gagiste a la chose dans les mains en vertu

---

[1] Comme dans les espèces de Rennes, Bordeaux et Dijon.

[2] Voy. la discussion qui a précédé l'arrêt de Nîmes du 7 juin 1843 (Dall., 43, 2, 199).

[3] *Suprà*, n°s 95, 97.

du contrat? Dès ce moment, cesse la simple promesse de gage; c'est un gage qui a été réalisé, et qui est parfait.

238. Il est donc clair que cette recherche du but de la loi, créatrice du privilége, se rétorque contre ceux qui s'y livrent. Il y a évidemment un créancier qui a fait foi à la chose plus qu'à la personne. Que cette chose lui ait été donnée un peu plus tôt, un peu plus tard, avant ou après la délivrance de l'argent, c'est une puérilité de s'en inquiéter. Le fait est qu'il est nanti, et qu'il a retiré, en temps utile, du patrimoine servant de gage aux autres créances, un objet qu'il détient privativement pour sa sûreté. Il est dans toutes les conditions qui érigent le privilége de gagiste. C'est ce que le jurisconsulte Marcianus décide d'une manière expresse : « *Res hypothecæ dari posse sciendum est, sive in diem vel sub conditione, et sive in præsenti contractus est, sive etiam* PRÆCEDAT [1]. » Et véritablement, on s'étonne qu'il soit nécessaire d'insister sur des vérités aussi élémentaires. D'ailleurs, le gage est toujours accessoire à une obligation principale; l'important est que cette obligation principale existe. Dès l'instant qu'elle existe, on ne voit pas pourquoi le gage donné *ex post facto* serait moins privilégié que celui qui a été donné au moment du contrat principal.

239. Voici maintenant une autre raison dont se sont avisés les partisans de l'interprétation restrictive, contre laquelle on ne saurait trop s'élever.

Le privilége tient à la nature, à la cause, à l'origine de la créance. Une créance qui n'est pas née privilégiée ne peut le devenir plus tard à l'aide de conventions postérieures. Ainsi, aucune circonstance, aucun fait postérieur aux avances, ne peut faire qu'à l'instant où la créance a pris naissance, elle soit née privilégiée, puisque, dans cet instant, la condition du privilége, la possession n'était pas remplie.

Cette objection, à force de vouloir prouver, ne prouve rien du tout. Comment! vous prétendez qu'une créance qui n'est pas née privilégiée ne peut le devenir *ex post facto* par aucune circonstance? Mais quoi! je prête aujourd'hui à Pierre 6,000 fr. sans caution, sans gage, sans garantie; ma créance n'a de privilége d'aucune espèce; est-ce que cependant Pierre et moi nous ne pouvons pas convenir, six mois après, par acte formel, que je reçois en gage tant de sacs de café et de sucre que vous me livrez pour garantie? Est-ce que par là ma créance, non privilégiée dans l'origine, ne le devient pas *ex post facto* par la circonstance tirée de la volonté des parties? Est-ce que Marcianus ne vous a pas dit que le gage peut venir s'ajouter à un contrat préexistant? Et s'il s'y ajoute, ne lui communique-t-il pas des prérogatives qu'il n'avait pas avant?

L'argument n'a donc rien de bien inquiétant.

240. J'ajoute que, dans l'espèce jugée par la cour de Nîmes, la créance n'avait pas besoin de devenir privilégiée; elle l'était *ab initio*. Le négociant de Saint-Étienne n'avait donné son argent au moulinier de l'Ardèche qu'à la condition qu'un gage lui serait envoyé. Or, cette condition étant accomplie par la réalisation du gage, l'effet en remontait au jour du contrat [2].

241. Nous reconnaissons pourtant, avec nos adversaires, que la tradition est de l'essence du gage [3]. Mais ce n'est pas à dire pour cela que le contrat doit commencer par la tradition [4]. A quelque époque que se fasse la tradition (pourvu que le débiteur ne soit pas failli), cette tradition est bonne; elle investit le contrat de toutes ses conditions. Si nous venions prétendre qu'avant la tradition le créancier a un droit réel dans la chose, c'est alors que les objections seraient victorieuses. Mais nous évitons, autant qu'il est en nous, de payer le tribut à l'absurde; nous disons que la tradition ayant lieu en vertu de la convention, alors naissent le droit réel, le privilége, la rétention.

242. En voilà assez sur cette première hypothèse. Nous n'hésitons pas à soutenir que lorsque la convention a fait du gage une condition formelle de l'avance, l'avance est privilégiée quand même le prêteur aurait fait son découvert avant d'avoir le gage entre ses mains [5]. La réalisation du gage a un effet rétroactif et opère comme si le gage avait été fourni *ab initio*.

243. Voici maintenant une deuxième hypothèse. Ce n'est plus le cas où le gage, primitivement promis par la convention, vient trouver le créancier déjà à découvert de ses avances; c'est celui où les parties transportent la garantie, légalement attachée au gage originaire, sur un autre gage qu'elles entendent substituer au précédent. *Ab initio*, le créancier n'a jamais suivi la foi du débiteur; *ab initio*, il ne lui a prêté que sur un nantissement réalisé. Seulement, pour la commodité de l'emprunteur, celui-ci demande de mettre un autre gage à la place de celui dont il est nanti, et le créancier, à qui il importe peu que sa garantie repose sur telle chose plutôt que sur telle autre, quitte la possession du premier gage pour prendre la possession du second. Dans cet état de choses, est-on fondé à dire que l'avance n'a pas été

[1] L. 5, D., *de pignorib.*

[2] Favre, *Ration.*, sur la loi 5, D., *de pignorib. et hypoth.* Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 40, enseignent quelque chose d'analogue.

[3] *Suprà*, n°s 25, 26.

[4] *Suprà*, n° 27.

[5] *Suprà*, n° 134.

faite sur le second gage, qu'elle n'avait été faite qu'en vue du premier, et que le créancier a perdu sa rétention et son privilége?

L'affirmative a été jugée par la cour royale de Rouen. Un arrêt de cette cour a déclaré l'article 95 du Code de commerce inapplicable à cette situation.

244. Voyons d'abord l'espèce :

La maison Laffitte, de Paris, en vertu d'une convention passée entre elle et Duval, négociant à Dieppe, avait avancé à ce dernier une somme de 40.000 fr., pour garantie de laquelle il avait passé à l'ordre de ladite maison Laffitte un connaissement de plusieurs barriques d'eau-de-vie, expédiées sur le navire *l'Alexandre*.

Plus tard, Duval proposa à la maison Laffitte de reporter sur un chargement de barriques d'eau-de-vie, à lui expédié de Cette au Havre par le navire *l'Aglaé*, le gage que cette même maison Laffitte avait sur les barriques de *l'Alexandre*. La proposition fut acceptée. Les connaissements de *l'Alexandre* furent renvoyés; Duval passa à l'ordre de la maison Laffitte les connaissements de *l'Aglaé*.

Pendant que la marchandise naviguait de Cette au Havre, Duval tomba en faillite. Sarran et Cie, vendeurs des liquides chargés sur *l'Aglaé*, les firent saisir à titre de revendication. La maison Laffitte prétendit au contraire qu'elle avait privilége pour ses avances de 40.000 fr.

Parmi les questions que ce débat fit surgir, il en est une que je dégage sur-le-champ et dont je veux seulement m'occuper ici. Les vendeurs revendiquants soutinrent, en particulier, que la maison Laffitte n'avait pas de privilége sur les marchandises de *l'Aglaé*, par la raison que ce n'était pas sur ces marchandises que portaient ses avances; que ce n'était pas en contemplation de ces mêmes marchandises que le prêt de 40.000 fr. avait été primitivement fait, mais bien en contemplation des marchandises chargées sur *l'Alexandre*; que dès lors la maison Laffitte n'était pas dans le cas de l'article 95 du Code de commerce; car, d'après cet article, le privilége n'a lieu que sur la marchandise en vue de laquelle l'avance a été faite.

Ce système, repoussé par le tribunal de commerce du Havre, fut consacré, contrairement à toutes les notions d'équité commerciale, par la cour royale de Rouen. Son arrêt est du 29 novembre 1838 (1). Toute la pensée de la décision se résume à ceci : Les avances de la maison Laffitte à Duval n'ont pas été faites en contemplation des marchandises du navire *l'Aglaé*. La maison Laffitte n'a donc pas le privilége de l'article 95; cet article ne peut lui profiter pour évincer le vendeur.

245. Ce point de vue me paraît très-étroit; j'aime bien mieux celui du tribunal de commerce, qui, mieux pénétré de la pratique commerciale et de l'importance des intérêts que l'article 95 du Code de commerce a pour but de protéger, avait ainsi raisonné : L'article 95 du Code de commerce, destiné à favoriser la circulation des valeurs de crédit et à faciliter les avances par la création de nouvelles garanties, doit être entendu dans un sens large. Que voulait Laffitte? Quel était le principe de la convention? C'était que ses avances fussent garanties par un connaissement passé à son ordre. Il n'attachait pas plus de prix à telle marchandise qu'à telle autre : *Magis merci quam mercatori credidit*. L'important pour lui était d'avoir un gage, positivement assuré par un connaissement à ordre. Eh bien! en changeant le connaissement de *l'Alexandre* contre le connaissement de *l'Aglaé*, la maison Laffitte, loin de déroger à la condition de garantie et de nantissement, n'a fait que la confirmer. Elle est restée fidèle à son système de prêter à la marchandise plus qu'au marchand. D'ailleurs, l'action en revendication des vendeurs est moins favorable que celle de la maison Laffitte pour la rétention de son gage. Les vendeurs ont suivi la foi de l'acheteur; ils ont expédié la marchandise. Au contraire, Laffitte s'est défié; il a veillé à sa sûreté : *Magis merci quam mercatori credidit*.

246. La vérité me paraît tout entière du côté de cette manière de voir. Maintenant que la jurisprudence a élargi le cercle de l'article 95, maintenant qu'elle voit en lui un exemple notable et non à suivre, et non une règle restreinte et limitative, je doute que l'arrêt de Rouen soit d'accord avec ce progrès désormais acquis. Aujourd'hui plus que jamais, on peut dire avec Delamarre et Lepoitevin (2) : « L'article 95 » n'est pas limitatif; il laisse au juge le pouvoir » de décider les questions imprévues, selon » l'intérêt du commerce et les règles de l'é- » quité. »

Pourquoi l'article 95 semble-t-il supposer un lien non interrompu entre les avances et les marchandises en vue desquelles les avances ont été faites? Pourquoi est-ce sur ces marchandises qu'il indique que le privilége s'exercera? Parce qu'il ne s'occupe, par forme d'exemple, que du commissionnaire, et que, dans les opérations de commission, les choses se passent habituellement ainsi que la cour royale de Rouen voudrait qu'elles se passassent dans tous les cas. On sait que lorsque c'est un commissionnaire proprement dit qui est en jeu, le nantissement est plutôt implicite et tacite que conventionnel (3); il résulte virtuellement et sans convention de l'agissement principal; la chose

(1) Devill., 39, 2, 34; Dall., 39, 2, 65.
(2) T. 1, n° 410.

(3) *Suprà*, n°s 42 et 212.

affectée par lui est celle qui fait l'objet du contrat principal dont il est le simple accessoire. Ainsi, par exemple, des marchandises sont expédiées à un commissionnaire pour les vendre, pour les recevoir, pour les conserver, etc., etc. Il est évident que le gage tacite, produit accessoirement par le contrat de commission, ne saisira que les marchandises en vue desquelles la commission a été donnée et acceptée; ce sera sur ces marchandises seules, et non sur d'autres étrangères au contrat, que les avances seront faites [1]. Toute l'exécution de la convention roulera uniquement sur ces marchandises; car le contrat n'a pas d'autre objet, d'autre intention, d'autre portée; et, par suite, le gage accessoire acquis au commissionnaire s'étendra taxativement aux seules marchandises mises en commission.

Mais si, à la place d'un commissionnaire et d'un gage tacite, vous mettez un négociant qui n'a de gage que parce qu'il l'a exigé, si le gage, au lieu d'etre virtuel, est conventionnel, il est évident que la convention a toute latitude pour faire porter le gage sur tel objet plutôt que sur tel autre, et que rien ne lui défend de substituer conventionnellement un autre gage au gage originairement donné. Cette substitution constituera un agissement qui ne différera pas sérieusement de celui en vertu duquel le commissionnaire a son privilége d'après l'art. 93. Il y aura parité complète, et l'on pourra dire : *Eadem ratio, idem jus*. Dans un cas comme dans l'autre, ce sera toujours un nantissement qui aura été effectué, si ce n'est que l'un a été tacite et que l'autre est exprès. Prenez l'exemple d'un prêt fait par un banquier. Il avance ses fonds contre telle marchandise qui lui est expressément donnée en gage. Mais que lui importe que ces marchandises soient des fers, des vins, des blés, etc.? Le point capital pour lui, c'est que le gage soit suffisant. Sans doute, le prêt a le gage pour condition; le prêt et le gage sont étroitement liés. Mais le gage n'est pas irrévocablement circonscrit dans telle chose plutôt que dans telle autre; et s'il plaît aux parties de substituer des fers aux vins, des blés aux eaux-de-vie, on ne voit pas pourquoi on argumenterait contre la légitimité de cet agissement, au nom de l'art. 93. Le point décisif, c'est que la chose se trouve dans les conditions d'expédition et de possession prévues par l'article 93. La maison Laffitte était nantie; elle portait en main un connaissement passé à son ordre, et en vertu duquel la marchandise n'était qu'à sa seule disposition.

247. Maintenant, voici la réflexion qui vient s'ajouter aux réflexions précédentes. Si le gage sur les marchandises de *l'Alexandre* a pu être conféré à la maison Laffitte sans les formalités de l'article 2074, pourquoi pas le gage sur les marchandises de *l'Aglaé?* Pourquoi les mêmes formes qui ont présidé à la constitution du gage ne seraient elles pas suffisantes pour le transférer sur un autre objet, qui est en voie d'expédition, qu'on n'a pas sous la main, qu'on serait peut-être fort en peine de décrire avec les détails exigés par l'article 2074? C'est ce que l'esprit a de la peine à comprendre, et la cour royale de Rouen n'a pu mettre une différence entre deux cas si conformes que parce qu'elle n'a pas su se détacher de la pensée d'un commissionnaire, lequel, en effet, n'a de gage tacite que sur la marchandise objet de la commission et par lui détenue. Je comprendrais les scrupules de cette cour si l'article 93 devait être pris minutieusement à la lettre; mais ils me semblent inadmissibles maintenant que le progrès de la jurisprudence a donné plus de latitude à l'article 93. En 1838, malgré l'autorité (trop inaperçue) de la loi du 8 septembre 1830, beaucoup de bons esprits en étaient encore à ne vouloir attribuer le privilége de l'article 93 qu'au commissionnaire seul [2]; et, comme une telle restriction faisait peser sur le commerce de graves dangers, la jurisprudence cherchait à se réconcilier avec l'intérêt public en transformant en commission les opérations commerciales les mieux distinctes de la commission. Ainsi, par exemple, quand un banquier qui n'avait fait que prêter ses fonds sur gage était nanti de connaissements à son ordre qui lui permettaient de recevoir et prendre la marchandise pour son nantissement, on disait : Ce banquier, étant investi du droit de s'emparer de la marchandise, est un commissionnaire pour la recevoir, la garder, la vendre. Par là on étouffait le véritable caractère du prêt, et tous les contrats se trouvaient aboutir à la commission. On a fini par sentir que cette voie n'était pas sincère, et qu'il était temps de rentrer dans le vrai. C'est ce qu'a fait la jurisprudence. Or, puisqu'il est constant désormais que l'art. 93 n'est pas fait exclusivement pour le commissionnaire, il ne faut pas appliquer à d'autres créanciers gagistes des conditions qui ne sont exigées qu'en vue du commissionnaire.

248. Ainsi, pour me résumer, l'agissement dont nous venons de nous occuper rentre dans l'esprit de l'art. 93 du Code de commerce. L'avance de la maison Laffitte était une avance sur une marchandise spécialement affectée; on lui a fait perdre son privilége par des scrupules exagérés et contraires à la bonne foi commerciale.

249. Reste une autre hypothèse :

Dans la précédente, l'avance et le gage n'avaient pas cessé de coexister. D'après la volonté des parties, l'argent de la maison Laffitte n'avait pas cessé un instant d'être prêté à la chose plutôt qu'à la personne.

[1] *Suprà*, n° 212.

[2] *Suprà*, n° 159.

Mais il peut arriver que le correspondant se mette à découvert sans gage initial, et que ce ne soit qu'après coup que la marchandise lui soit expédiée pour lui servir de nantissement, c'est-à-dire pour la vendre et se payer sur le prix. Quant à moi, je n'aperçois pas la moindre raison plausible pour faire une différence entre ce cas et le cas précis de l'art. 95. Sans doute, l'argent est originairement sorti sans garantie des mains du prêteur; mais bientôt il a des inquiétudes; il pourrait forcer le débiteur à payer; il consent cependant à lui faire crédit et à prendre patience, moyennant un gage. N'est-ce pas comme si l'avance était réitérée, comme si le prêt recommençait? Et, cette fois, à qui la confiance est-elle donnée, si ce n'est à la chose? Dès lors, quel motif y a-t-il de s'écarter des errements de l'article 95 et de refuser le privilége au prêteur nanti de la chose expédiée?

La cour de cassation lui a cependant refusé, par arrêt du 18 mars 1845 (1), le bénéfice de l'art. 95 du Code de commerce. Cet arrêt est fondé sur ce que cet article 95 ne doit pas être étendu au delà du cas où les avances ont été faites postérieurement à la réception de la marchandise, ou à l'envoi du connaissement ou de la lettre de voiture. Dans l'espèce dont la cour avait à s'occuper (2), cette doctrine était moins exagérée que dans les arrêts de Nîmes dont nous avons eu à nous occuper précédemment. Toutefois, je la crois susceptible de critique; et puisque la cour de cassation a elle-même jugé, par de notables arrêts qui font le plus grand honneur à sa jurisprudence, que l'article 95 n'est pas limitatif en ce qui concerne la qualité des personnes (3), l'expédition directe (4), et autres cas assez nombreux (5), je ne vois pas pourquoi elle veut qu'il soit limitatif sous d'autres rapports qui ne sont pas fondamentaux et ne touchent en rien à l'essence du gage. Y a-t-il, oui ou non, une dette? Évidemment oui. Y a-t-il un gage spécialement affecté? Oui encore. Et ce gage n'a-t-il pas été expédié de place en place et remis dans la possession effective du créancier? Oui encore une fois. Et ce ne serait pas là un cas pour lequel l'art. 95 duit servir de guide?

250. Au surplus, nous avons vu ci-dessus (6) que, sous un autre rapport, le gage était valablement constitué dans l'espèce dont il s'agit, quoiqu'il n'y eut pas d'acte spécialement rédigé et enregistré, et que la forme de l'article 2074 n'était pas nécessaire. Quand même l'art. 95 n'eût pas trouvé son application logique, ce n'était pas une raison pour anéantir le privilége; car, ainsi que nous ne cesserons de le redire avec la loi du 8 septembre 1830, le renvoi à l'article 2074 du Code civil n'est prescrit que dans le cas de l'article 95 du Code de commerce. Il ne suffit pas, pour que les parties tombent sous l'empire de l'article 2074, que l'agissement ne puisse pas être classé sous l'article 95, il faut encore qu'il rentre positivement dans les conditions de l'article 95, et c'est ce qui n'avait pas lieu ici, puisque les parties n'habitaient pas la même place et qu'il y avait eu expédition.

251. Passons maintenant à une autre difficulté; car elles abondent ici, et *uno avulso non deficit alter*.

Quelquefois le gagiste, consignataire de la marchandise, la sous-consigne moyennant des avances qui lui sont faites. Par exemple, un commissionnaire, qui n'a pas d'argent pour faire les avances que son correspondant exige de lui en contre-échange des marchandises qu'il lui expédie, emprunte à un tiers les fonds dont il a besoin. Peut-il déléguer à ce dernier son privilége en le saisissant par le connaissement ou la lettre de voiture à ordre? Le délégué a-t-il privilége sur les marchandises ainsi sous-consignées?

L'affirmative me paraît indubitable ainsi qu'à Delamarre et Lepoitevin (7), et si l'on se reporte à l'espèce d'un arrêt de la cour de cassation du 23 avril 1816, que j'ai rapporté ci-dessus (8), on verra que cette manière d'opérer est usuelle dans le commerce; elle étend le crédit; elle facilite les négociations; elle donne du mouvement aux capitaux et aux expéditions de marchandises.

On en a cependant contesté la légalité, sur le fondement d'un arrêt du 28 juin 1826 (9), émané de ladite chambre des requêtes.

252. En examinant à tête reposée ce précédent, est-il bien vrai qu'il fut décisif comme on le soutenait?

Leseigneur et Cie, du Havre, proposent à Brindeau et Cie, de Paris, d'accepter par intervention des traites tirées par un sieur de Cailleux; ils envoient en garantie un connaissement nominatif, constatant un chargement de 67 barriques de sucre brut devant arriver des colonies au Havre, à l'adresse desdits Leseigneur et Cie.

Le 19 juillet 1824, Brindeau et Cie acceptent. Par suite de conventions ultérieures, Brindeau et Cie transmettent le connaissement à Martin Fouché et fils, du Havre; et cela, quoique ce connaissement ne fut pas à ordre.

(1) Devill., 45, 1, 258, 259; Dall., 45, 1, 242.
(2) Je l'ai donnée *suprà*, nos 155 et 154.
(3) *Suprà*, nos 158, 159.
(4) *Suprà*, nos 160, 161.
(5) *Suprà*, nos 164 et suiv.
(6) Nos 155, 154.
(7) T. 2, no 414.
(8) No 169.
(9) Dall., 26, 1, 344. *Pasicrisie*, à cette date.

Pendant que la marchandise était encore en route, Leseigneur et Cie font faillite. Quelque temps après, la marchandise arrive au Havre, et Fouché et fils, porteurs du connaissement, se la font délivrer.

Mais les syndics interviennent, et intiment défense à Fouché et fils de disposer des sucres.

Alors s'engage sur le privilége de ces derniers un débat que le tribunal de commerce du Havre et la cour royale de Rouen, par un arrêt du 25 mars 1825, jugèrent en faveur des syndics. Pesons les termes de cette décision :

« Attendu que les priviléges ne peuvent être étendus, et que celui réclamé par Brindeau et Fievet ne repose sur aucun texte de loi; qu'ils ne sont point commissionnaires ayant privilege dans le sens de l'article 93 du Code de commerce, puisque les marchandises ne leur étaient pas expédiées à Paris; que le connaissement porte qu'elles devaient être délivrées à la maison Leseigneur, du Havre;

» Qu'ainsi l'expédition n'ayant pas été faite par la maison Leseigneur à Brindeau et Fievet, ceux-ci ne peuvent réclamer ce privilége en vertu du connaissement dont ils sont porteurs;

» Qu'à la vérité, d'après l'article 282 du même Code, un connaissement peut être à ordre et négocié; mais que la négociation d'un connaissement ne peut, pas plus que celle d'un effet de commerce, donner un privilége à celui qui en est saisi; que le porteur d'un connaissement qui lui a été transmis par la voie de l'ordre n'est que le mandataire du propriétaire de la marchandise; que l'article 93 lui accorde bien le droit de la vendre pour le compte du commettant; ***mais qu'il n'a de privilége qu'autant que ce commettant a fait au mandataire lui même l'expédition des objets énoncés dans le connaissement qui a été adressé ou négocié à ce dernier.*** »

On le voit : le débat n'était pas entre le sous-consignataire Fouché et fils et les syndics; il était entre le consignataire primitif, Brindeau et Fievet, et ces mêmes syndics; l'espèce n'était donc pas la même que celle dont je m'occupe ici.

Au fond, cet arrêt contient bien quelques propositions dont on est justement surpris. Mais il peut se justifier par cette considération que le connaissement n'était pas à ordre, qu'il était à personne denommée; que dès lors l'endossement ne rentrait pas dans les conditions de sa création, et qu'il n'avait pu valoir que comme simple mandat (1). Le pourvoi fut rejeté par arrêt du 28 juin 1826. On aurait pu donner de meilleurs motifs au soutien de ce rejet. Mais peu importe pour la question qui nous occupe et à laquelle il nous faut revenir.

253. De quoi s'agit-il? d'un sous-consignataire à qui le privilége a été transporté. Or, qu'importe que ce soit le premier gagiste ou le second qui réclame le privilége? Si le commissionnaire avait fait les avances de ses deniers, il serait privilégié. Quelle est donc la raison qui l'empêche de mettre à sa place celui qui a payé à sa place?

254. Il y a plus : par cela seul que la marchandise est en la possession du premier gagiste par le connaissement ou la lettre de voiture à ordre, il est à présumer, ou qu'il est propriétaire, ou qu'il a la liberté d'en disposer (2). Le tiers qui reçoit de lui la consignation est valablement nanti. La loi ne s'inquiète pas si la marchandise est ou non celle du débiteur. Les meubles n'ont pas de suite, et, dans le commerce surtout, celui qui en a la possession est censé avoir le droit d'en disposer. N'avons-nous pas vu ci-dessus (3) que, lors même que le gagiste aurait commis un abus de confiance en donnant en gage la chose à lui remise en nantissement, le gage subsisterait à l'égard du tiers de bonne foi? Combien à plus forte raison lorsque le gagiste n'a fait qu'une opération approuvée par l'usage et par la probité! Le tiers a vu qu'il y avait une marchandise expédiée; il a su qu'elle était susceptible d'être vendue et engagée (4); il a donné sa foi à cette marchandise; ***magis merci quam mercatori credidit***; il a fait des avances en contemplation de son arrivée dans ses mains. La bonne foi serait compromise s'il était trompé dans son attente, et, de plus, on mettrait obstacle à la vive circulation dont le commerce a besoin.

255. Ainsi donc, supposons que Primus ait reçu des fonds de Secundus à qui il a consigné des marchandises, et que Secundus les consigne à son tour à Tertius qui lui prête des fonds; l'opération sera valable et Tertius aura privilége.

A plus forte raison aura-t-il privilége si ce sont ses fonds qui, après être passés dans les mains de Secundus, sont allés trouver Primus, propriétaire de la marchandise. Il y aura ici un argument *a fortiori* qui militera en faveur du consignataire de bonne foi et rendra sa cause invincible.

256. Pour terminer maintenant ce que nous avions à dire sur la liaison de la créance et de la chose engagée, nous insisterons sur un dernier point.

Dans les opérations commerciales de prêt sur gage, il arrive presque toujours, ou du moins très-souvent, que le prêteur fait des avances successives, et que lorsque le débiteur les amortit par des remboursements, le prêteur continue les avances tant que la marchandise reste consignée dans ses mains. Tout se lie et se combine dans les opérations qui interviennent entre

(1) *Infrà*, n° 337.
(2) Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 415.
(3) N° 77.
(4) *Suprà*, n° 161.

le commettant et le commissionnaire, de telle sorte qu'une avance étant couverte, soit par un payement spécial, soit par le rapprochement du compte courant, et étant remplacée par une autre avance, celle-ci est censée faite sur la marchandise aussi longtemps que dure la consignation [1]. La chose reste toujours affectée spécialement à tous les prêts successifs; elle leur est liée de la manière la plus étroite, et l'affectation privilégiée en est inséparable.

257. Passons à présent à un autre ordre d'idées.

Alors même que le nantissement est investi de toutes ses conditions intérieures et extérieures de validité, il est nul et de nul effet, relativement à la masse, s'il a été donné dans les dix jours qui ont précédé l'époque de la faillite de celui qui a constitué le gage [2].

Ceci cependant demande explication.

Quand la dette a été contractée sans l'auxiliaire du gage, avant les dix jours de la faillite, quelque loyale qu'elle soit, les parties ne sont pas maîtresses, alors que le débiteur en est arrivé à ce point de détresse, de la fortifier par un gage. Les choses doivent rester dans leur état; nul ne peut améliorer sa position aux dépens des autres dans ce naufrage commun [3]. Le créancier a suivi la foi de la personne : *magis mercatori quam merci credidit*. Il est trop tard pour qu'il puisse changer d'avis et augmenter ses garanties [4].

258. Mais que devrait-on décider si la dette avait été consentie avant le temps prohibé sous la promesse d'un gage, et si ce gage n'avait été fourni et appréhendé par le créancier que depuis ce même temps? Faudrait-il décider que le gage, bien que promis alors que le débiteur n'avait aucun empêchement de contracter, n'a pas été réalisé en temps opportun, et qu'il est de nul effet à l'égard des tiers?

L'affirmative m'a toujours paru certaine. Avant la faillite, il y avait promesse de gage, mais il n'y avait pas de nantissement réalisé. La faillite survenue s'oppose à cette réalisation; elle ne permet pas que le gage, qui n'est avant elle qu'à l'état de promesse, passe à l'état définitif en se revêtant des conditions essentielles et constitutives qui lui manquent [5].

Mais *quid juris* si le gage a été non-seulement promis, mais stipulé actuellement, et que le créancier ne s'en soit mis en possession qu'après la cession de payement ou dans les dix jours qui la précèdent?

Dans mon opinion personnelle, cette question doit être résolue comme la précédente. Mais à ceux qui obéissent à la jurisprudence des arrêts je signale un arrêt de la cour de cassation du 4 janvier 1847 qui semble décider que la prise de possession est utile jusqu'au jugement de déclaration de faillite [6]. Ils penseront de cet arrêt ce qu'ils jugeront convenable. Pour moi, je reste dans mes idées.

259. Si l'emprunt principal est contracté dans les dix jours qui précèdent la faillite (peut-être avec l'espoir de la prévenir), et que le nantissement ait été stipulé par le créancier comme condition de ses déboursés, l'opération ainsi faite de bonne foi doit subsister pour le tout. Le nantissement, contrat accessoire du prêt, ne peut en être séparé; il en a été la condition, il doit en rester la garantie. Dès l'instant qu'on respecte le prêt, on ne peut, sans inconséquence, invalider le gage dont le prêt est inséparable. L'actif du débiteur a profité de l'argent déboursé; il n'est pas juste que la masse s'enrichisse aux dépens de celui qui a fait l'avance [7].

260. C'est une raison de plus pour que les affaires de commission traitées dans les dix jours qui précèdent la faillite entraînent privilége sur les marchandises expédiées [8].

Article 2075.

Le privilége énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifié au débiteur de la créance donnée en gage.

---

[1] Douai, 5 janvier 1844 (Devill., 44, 2, 258 et suiv.).

[2] Art. 446 du Code de commerce.

[3] Voy. *infra*, ce que nous disons de l'enregistrement, du transport, et nos 347, 348.

[4] Art. 446 du C. de commerce, Renouard, t. 1, p. 354, sur l'art. 446. Esnault, t. 1, no 186. Rouen, 4 juillet 1842 (Dall., 43, 2, 214).

[5] Renouard, t. 1, p. 362.

[6] Voy. *infrà*, no 276, ce que je dis de cet arrêt.

[7] Art. 446 du C. de commerce. Renouard, *loc. cit.* Esnault, t. 1, no 188.

[8] Delamarre et Lepoitevin, t. 2, no 397. Mon comm. des *Hypothèques*, t. 2, no 654. Douai, 29 novembre 1843 (Devill., 44, 2, 145).

SOMMAIRE.

261. Du nantissement des meubles incorporels.
262. Pothier a nié en principe la possibilité d'un tel nantissement.
263. Il reconnaît lui-même que l'ancienne pratique était contraire à sa thèse de droit.
264. En effet, la jurisprudence admettait les nantissements des créances.
265. Le Code l'a sanctionnée.
A quelles conditions?
Il faut un titre ayant date certaine et signifié. Utilité de la signification.
266. Conséquence du défaut de signification.
267. Cela s'applique à tous les nantissements de meubles incorporels, quelle qu'en soit la somme.
268. Renvoi pour beaucoup de questions.
269. Des significations tardives.
270. Par exemple, de la signification faite après que les tiers ont fait une mainmise sur la chose donnée en gage.
271. Suite.
272. Suite.
273. De la signification faite après la faillite ou dans les dix jours qui la précèdent.
274. Suite et arrêts.
275. Arrêts contraires.
276. Discussion sur ces autorités.
277. Le créancier gagiste doit recevoir la livraison des titres de créance.
278. Première conséquence. Quand une créance est sans titre, elle ne peut faire l'objet d'un gage légal.
279. Autre conséquence à noter alors que la créance est bien supérieure à la dette et que le débiteur répugne à remettre le titre entier au créancier.
280. Résumé et nouvelles autorités.
281. Tout ceci est applicable aux matières de commerce.
282. *Quid juris* des valeurs négociables par endossement ou au porteur, et, par exemple, des lettres de change et billets à ordre?
283. L'endossement suffit pour saisir le gagiste; il n'est pas besoin de la signification ni d'acte de nantissement.
284. Suite.
285. Réponse à quelques objections et véritable sens d'un arrêt mal compris par les arrêtistes.
286. Des actions industrielles négociables par endossement.
287. Ou au porteur.
288. Critique des arrêts qui ont voulu appliquer au nantissement de ces valeurs les dispositions des articles 2071 et 2075 du Code civil.
289. Suite.
290. Suite.
291. Des nantissements de bons et reconnaissances du mont-de-piété.
292. Résumé.
293. Difficulté de distinguer assez souvent les nantissements de créances des transports-cessions.
294. Sens des mots *meubles incorporels* de l'art. 2075. Différence de rédaction entre cet article et l'article 1689.
295. Il n'y a pas de nantissement de droits réels.

COMMENTAIRE.

261. Notre article s'occupe du nantissement des meubles incorporels. La mise en gage des créances, des actions dans les compagnies de finance ou d'industrie, des titres de rente, des effets de commerce négociables ou non, etc., procure au commerce de grandes facilités pour emprunter; elle est un fréquent moyen de crédit.

262. Il est assez singulier, cependant, que Pothier ait enseigné que les meubles incorporels, tels que les créances actives, ne sont pas susceptibles du contrat de nantissement [1]. La raison de ce jurisconsulte est qu'ils ne sont pas susceptibles de cette tradition réelle qui est de l'essence de ce contrat; et il se fonde sur la loi 43, § 1, D., *de acquir. rer. dominio*, qui porte : « *Incorporales res traditionem non recipere manifestum est.* »

263. Il y a peu d'utilité aujourd'hui à discuter ce point en droit romain; on pourrait peut-être, à l'aide de la loi 4, C., *quæ res pignor.*, contester cette assertion de Pothier, et montrer que si sa proposition est vraie dans le pur droit civil, elle est fausse en équité et en droit prétorien [2]. Mais à quoi bon une dissertation de cette nature? Pothier reconnaît lui-même que la pratique française était contraire aux principes rigoureux dont il est l'interprète, et il cite un arrêt de la cour des aides, du 18 mars 1769, qui admet le débiteur à donner en nantissement, par le moyen d'un transport à titre de gage, dûment signifié, des créances et autres meubles incorporels de cette nature; arrêt qui décide que le créancier ainsi nanti a un privilége. Dans l'espèce de cet arrêt figurait le marquis de Girardin, créancier de 410,000 liv. d'un sieur Roussel, fermier général. Ce dernier lui avait donné en nantissement, dans la forme dont nous venons de parler, une créance de 310,000 livres qu'il avait sur les fermes générales. Roussel ayant fait de mauvaises affaires, contre l'usage des fermiers généraux, ses créanciers contestèrent le privilége de Girardin; mais la cour le valida.

[1] N° 6.

[2] Voy. les *Conjectures* du président Favre, VIII, 15.

264. Cet arrêt n'est pas le premier à reconnaître le privilége du créancier qui s'est fait donner des titres en nantissement. Un arrêt du parlement de Paris, du 9 juillet 1698, cité par Brillon, décide que celui qui en est saisi à titre de gage n'est obligé de les restituer que si on le paye [1].

265. Le Code civil, par son article 2075, a sanctionné une jurisprudence si intelligente. Quelle raison aurait-il eue de priver le crédit du gage des dettes actives? Il l'autorise donc aux mêmes conditions que l'arrêt de 1769. Les parties dressent un acte de transport en gage, qui, s'il est sous seing privé, doit être enregistré, ainsi que dans le cas de l'article précédent. Cela ne suffit cependant pas encore pour conférer le privilége. Outre la certitude de la date [2], il faut que l'acte soit signifié au débiteur de la créance. C'est cette signification qui avertit le débiteur du privilége du créancier; c'est elle qui lie le débiteur au créancier nanti; elle constitue le genre de prise de possession propre au transport des meubles incorporels [3]. Car il a toujours été de règle en droit français que le simple transport ne saisit pas [4], et que c'est par la signification que le créancier prend possession extérieure de son droit.

La signification est d'ailleurs un bon moyen de rendre les fraudes plus difficiles; elle oblige le créancier à se montrer aux tiers et à rendre son droit notoire; par la publicité, elle peut souvent prévenir la dissimulation [5].

Si donc il arrivait qu'un créancier n'eût pas fait signifier son transport en nantissement, il ne serait pas privilégié à l'égard des tiers.

266. Et, par suite, si la créance déjà cédée en gage était ensuite transportée à un autre créancier qui aurait fait signifier son transport, le droit du premier créancier s'évanouirait [6]. Les articles 1690 et 2075 du Code civil conduisent à ce résultat, et l'on peut y ajouter l'article 1141, d'après lequel la possession réelle des meubles est prépondérante entre les personnes qui y ont des prétentions [7].

267. Comme la signification est de rigueur pour que le créancier soit saisi, et que la saisine est une des conditions essentielles du gage, on arrive à cette conclusion, savoir, que la signification, par cela qu'elle est de règle générale, s'applique aux créances au dessous de 150 fr. comme aux créances supérieures à ce taux. Partant, l'article 2075 n'a pas dû faire la distinction de l'article 2074 entre les sommes inférieures et supérieures à 150 fr. [8].

268. Sur cette signification du transport, nous pourrions agiter, à l'occasion du gage, beaucoup de questions dont nous nous sommes occupé en traitant de la vente des meubles incorporels. Nous aimons mieux éviter les redites et renvoyer à notre commentaire de l'article 1691 du Code civil [9]. On y verra si la signification peut être remplacée par des équipollents; si la connaissance du transport acquise par des moyens indirects en peut tenir lieu; par quel officier la signification doit être faite et à la requête de qui; comment se règle la préférence entre plusieurs significations faites le même jour, etc., etc.

269. Il est cependant une question qui doit trouver ici une place spéciale; elle a été souvent soulevée dans les contestations existantes entre les tiers et le créancier saisi par nantissement de meubles incorporels. Elle consiste à savoir quelle est la valeur d'une signification faite dans un temps où le débiteur avait cessé d'avoir sur la chose cédée en nantissement la plénitude de droits qu'il avait au moment du transport. Une telle signification n'est-elle pas tardive? Ne saisit-elle pas le créancier en temps inopportun?

Cette question se présente particulièrement dans deux cas : 1° quand, au moment de la signification, il y a des tiers qui ont exercé une mainmise sur la créance transportée en gage; 2° quand la signification est faite soit après la faillite, soit dans les dix jours qui la précèdent.

270. Sur le premier point, il est certain que la signification ne saurait être utilement faite qu'autant qu'elle a eu lieu avant toute poursuite des tiers sur le gage. Si elle est postérieure, elle a lieu tardivement. Le gage n'a pas acquis sa perfection au moment décisif; il n'est pas constitué en temps opportun.

271. Par exemple :

Pierre donne en nantissement à Jacques, son créancier, son dixième dans une somme de 200,000 francs, à prendre dans une succession ouverte à laquelle il a droit. Jacques ne fait signifier son transport au débiteur qu'après une demande par laquelle un tiers fait opposition au partage qui attribue à Pierre ce dixième. Cette signification est intempestive. L'opposition au partage frappe d'indisponibilité, au profit des créanciers opposants, toutes les valeurs de la succession. Elle révèle la prétention de ces créanciers sur la part de leur débiteur.

272. Il en est de même si un créancier du débiteur introduit une demande en liquidation et partage de la masse à laquelle ce débiteur a droit. Il annonce non moins hautement ses pré-

[1] V° *Gage*, n° 5. Voyez aussi le *Journal des audiences*, t. 5, n° 14, ch. 8.
[2] Gary. Fenet, t. 15, p. 215.
[3] Mon comm. de la *Vente*, t. 2, n°s 882, 883.
[4] Cout. de Paris, art. 108. Loisel, liv. 3, tit. 1, n° 10.
[5] Mon comm. de la *Vente*, t. 2, n° 883.
[6] Cass., 13 janvier 1845 (Dall., 45, 1, 88; Devill., 45, 1, 310).
[7] Mon comm. de la *Vente*, *loc. cit.* (Devill., 9, 2, 141).
[8] Duranton, t. 18, n° 524.
[9] Voy. mon comm. de la *Vente*, t. 2, n°s 881 et suiv.

tentions sur la part revenant à son débiteur; il met cette part sous la main de la justice et empêche qu'elle ne puisse être cédée et transperlée, ou dennée en gage, hors la présence et le consentement du créancier peursuivant [1]. S'il en était autrement, la demande en partage, euverte aux créanciers, perdrait teute son utilité. C'est ce qu'a très-expressément jugé la ceur de cassation, chambre des requêtes, en rejetant, su rapport de Pataille, un peurvei dirigé contre un arrêt très-bien metivé de la ceur royale d'Orléans [2].

273. Cet arrêt fort grave, et de teut peint juridique, nous cenduit à notre seconde question, qui consiste à savoir quelle est la valeur d'une significatien faite par le créancier après la faillite. On a fort discuté cette question. J'avoue cependant qu'elle me paraît simple, et si le doute s'y est introduit, ce ne peut être que par un sentiment d'équité, dent l'intention peut être leuable, mais dent la justesse n'est pas réfléchie. L'arrêt de la cour de cassation que nous venons de citer est rendu dans un cas si voisin, si analogue, qu'on peut dire qu'il la tranche nécessairement, et il me paraît impossible de ne pas accerder qu'il faut que la notification du transport, destinée à saisir le gagiste, ait lieu avant la faillite; car si cette prise de pessessien avait lieu après, le nantissement ne produirait pas d'effets [3].

274. Mais ici cemmence une sérieuse difficulté. Quel est le moment précis de la faillite qui doit servir de terme à l'arrêt? La signification du transport est-elle tardive après la cessation effective du payement [4]? Ou bien est-elle encore utile jusqu'au jugement déclaratif de la faillite [5]? La ceur royale de Montpellier a décidé, par arrêt du 13 janvier 1845 [6], que la significatien du transport est sans valeur lorsqu'elle intervient depuis la cessation des payements, eu dans les dix jours qui précèdent cette épeque. Il lui a semblé que l'article 446 du Code de cemmerce donne la solutien de la question. Peu importe, dit-elle, l'époque à laquelle le nantissement a été consenti; il faut voir à quelle époque il a été constitué. Or, il n'est constitué que par la signification. Vainement argumenterait-on du droit d'inscrire une hypothèque au droit de signifier le transport. Avant l'inscriptien, il y a une hypothèque cenférée, un dreit acquis, mais sans significatien du transport, point de gage constitué, eu acquis et définitif [7].

275. Le contraire a cependant été jugé par arrêt de la cour de Lyon du 17 mars 1842 [8], et par arrêt de la ceur d'Orléans du 31 aeût 1841 [9].

Dans l'espèce jugée à Lyen, les cessiens avaient eu lieu dix-huit meis avant la faillite; mais elles n'avaient été signifiées que treis jours avant. La ceur de Lyen décida que, dès le jour de leur date, ces cessiens avaient rendu les cessiennaires propriétaires à l'égard du cédant, et que la siguification n'était qu'un complément qui, étant epéré avant le dessaisissement du débiteur, préserve le cessiennaire de l'action des tiers.

La ceur royale d'Orléans insiste davantage sur les raisons de dreit. Dans le cas particulier, la significatien avait eu lieu le jour même du jugement portant déclaration de faillite. Mais il n'était pas preuvé que le jugement eût précédé l'heure de la signification.

Ceci posé, veici le raisonnement de la cour :

Au mement de sa faillite, le cédant ne pessédait plus la créance, il s'en était dessaisi. On ne pouvait la faire figurer dans son actif. Du rapprechement des articles 1689, 1690, 1691, 2214 du Code civil, il résulte que la significatien du transport n'est nécessaire que quand il s'agit, soit d'empêcher le débiteur de payer le cédant, seit de procéder par voie exécutoire centre le débiteur, seit d'empêcher le tiers de saisir et arrêter la créance dans les mains du débiteur, soit enfin de paralyser l'effet d'une cession ultérieure. La faillite du cédant ne peut être assimilée à une saisie-arrêt pratiquée par des tiers avant la signification du transport; les créanciers ne sont saisis que des biens que le débiteur possédait au mement de sa faillite; dès lors l'influence de la faillite ne peut atteindre des ebjets qui, de bonne foi, ent cessé d'appartenir au cédant en temps nen suspect; les créanciers du failli peuvent faire saisir la créance avant la significatien du transport; voilà leur droit, ils ne peuvent en prétendre d'autre.

276. Ces deux arrêts viennent d'acquérir un haut degré d'autorité par un arrêt de la ceur de cassatien du 4 janvier 1847, qui casse l'arrêt de la ceur de Mentpellier rapporté au nº 274 [10]. Cet arrêt, je l'avoue, renverse les idées que je m'étais faites sur la matière. Je croyais, avec la ceur de Montpellier, que l'article 446 du Cede de commerce tranchait cette question, et voici comment je raisonnais :

Qu'est-ce que la faillite? C'est la cessatien de payements [11]; et la cessatien de payements est indépendante du jugement de déclaratien de

[1] Aix, 9 janvier 1832 (Devill., 32, 2, 600).
[2] Orléans, 20 mai 1845, et arrêt qui rejette le pourvoi le 11 juin 1846 (Devill., 46, 1, 444).
[3] Cass., 4 janvier 1847 (Devill., 47, 1, 167 et 171).
[4] Art. 441 du C. de commerce.
[5] Art. 443 du C. de commerce.
[6] Devill., 45, 2, 403; Dall., 45, 2, 122. *Infrà*, nº 349.
[7] Mon comm. de la *Vente*, t. 2, nº 911. Cass., 13 juillet 1830. Paris, 13 décembre 1814. Bordeaux, 18 août 1829.
[8] Devill., 42, 2, 289, 290.
[9] Devill., 42, 2, 427.
[10] Devill., 47, 1, 175, 176.
[11] Art. 437, Code de comm.

faillite, de telle sorte qu'elle peut être de beaucoup antérieure à ce jugement [1]. Or, la faillite met arrêt sur tous les biens du débiteur; elle fixe l'état dans lequel ils se trouvent; elle paralyse tout mouvement ultérieur qui tendrait à changer leur condition. Qu'a-t-elle trouvé dans les mains du créancier qui se dit nanti? Est-ce un gage réalisé d'une manière complète et revêtu de toutes ses conditions d'existence? Nullement. Ce gage manque d'un de ses éléments. Le créancier n'en est pas saisi à l'égard des tiers. En ce qui concerne ces derniers, ce créancier n'est qu'un simple mandataire, passible de toutes les exceptions qu'on pourrait opposer au débiteur lui-même. Et l'on voudrait qu'il pût, malgré la faillite arrivée ou prête à arriver, renforcer son droit d'un élément nouveau, se poser en possesseur de la chose *jure proprio*, consolider le gage par l'accomplissement d'une condition d'existence dont il est dépourvu [2]? Ceux qui inclinent vers ce système d'indulgence ne font pas attention que la signification est une véritable prise de possession à l'égard des tiers; possession indispensable pour que le privilége puisse se dresser contre eux. Ils ne font pas attention que le créancier qui n'a pour lui qu'un simple transport sans signification n'est pas saisi, comme le dit la coutume de Paris [3]; et s'il n'est pas saisi au moment de la faillite, comment pourrait-il se saisir *ex post facto*, et changer ainsi, au détriment de la masse, une situation fixée irrévocablement? C'est ce qu'a parfaitement compris et décidé l'article 446 du Code de commerce. Il est l'expression de ces idées.

A la vérité, la cour de cassation objecte que l'article 446 n'est fait que pour le cas où le nantissement est stipulé au profit d'une créance antérieure, privée de toute garantie; c'est là, dit-elle, son unique point de vue. On ne saurait étendre sa disposition au cas bien différent où le nantissement a été stipulé en même temps que la créance, à une époque non suspecte, et où il ne s'agit que de compléter ce nantissement par la notification. Peu importe, alors, que cette notification vienne après la cessation des payements. Il suffit qu'elle précède le jugement déclaratif de la faillite, lequel seul dessaisit le failli (art. 443 du Code de comm.).

Quelque grave que soit cette objection, elle ne dissipe pas mes doutes, et je me demande s'il y a une différence sérieuse entre le cas où la dette a été contractée sous la garantie du gage, et celui où elle a été contractée avec la sauvegarde d'un gage que le créancier a laissé dans un état évident d'imperfection. Ce gage imparfait et inefficace peut-il, après la faillite, être revêtu des conditions qui assurent des droits privilégiés contre les tiers? Quand le désastre est arrivé, un créancier peut-il changer sa position au détriment des autres? Pourquoi n'a-t-il pas signifié plus tôt son transport? Pourquoi cette négligence quand il fallait agir? Pourquoi ce silence et cette inaction? Pourquoi ces ménagements qui ont peut-être trompé les tiers sur l'étendue du crédit du débiteur? A toutes ces questions, je crains bien que l'arrêt du 4 janvier 1847 n'ait répondu que par une pétition de principe.

Ajoutons une dernière observation.

Si la doctrine de la cour de cassation est vraie pour les significations de transport (lesquelles sont la prise de possession des nantissements consistant en créances), elle doit nécessairement s'appliquer aussi à la prise de possession des objets corporels donnés en gage; car l'on ne comprend pas comment la raison mettrait, sous ce rapport, une différence entre ces deux espèces de nantissement.

Or, représentons-nous un négociant qui donne en gage à son créancier tant de balles de coton, tant de sacs de café, et ce créancier s'endormant sur ses droits et ne retirant la chose de la possession et de l'actif du débiteur qu'après la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui précèdent le sinistre. Quoi! cette appréhension sera valable [4]? Le créancier aura laissé écouler six mois, un an, s'en rapportant au crédit du débiteur, le laissant en possession de la chose, laissant croire aux tiers qu'elle fait partie de son actif, et il lui sera permis, alors que la crise a éclaté par la cessation des payements, de sortir de son sommeil et de venir dire aux tiers : « Vous aviez pensé » que ces cotons et ces cafés étaient libres dans » la main du débiteur commun; vous étiez » dans l'erreur : ils étaient engagés à ma » créance, et je viens aujourd'hui les placer » sous ma main. » Ou je me trompe fort, ou les tiers lui répondront victorieusement : « Vous » avez négligé vos sûretés; vous n'en avez pas » profité en temps opportun; vous en avez fait » un mystère pour nous. Là est votre faute, là » est peut-être un dol; faute ou dol, rien de » tout cela ne saurait être couronné du succès » et vous créer aujourd'hui des droits privilé- » giés contre nous. »

Remarquez bien, en effet, que, dans ce cas d'un meuble corporel donné en gage, l'argument textuel que la cour de cassation tire de l'article 446 échappe entièrement. Que dit cet argument? L'article 446 ne déclare nuls que les nantissements constitués *par le débiteur*. Or, la notification qui complète le gage de la créance n'est pas le fait du débiteur; elle émane du créancier et non du débiteur. Donc ce cas ne peut être atteint par l'article 446. — Laissons de côté pour le moment la valeur intrinsèque

[1] Art. 441, Code de comm.
[2] Voy. mon comm. de la *Vente*, t. 2, n° 911.
[3] *Suprà*, n° 205.
[4] *Suprà*, n° 258.

de cet argument. Ce qu'il y a de sûr, c'est qu'il disparaît dans le cas où c'est un meuble corporel qui fait l'objet du gage. Car, en pareille circonstance, le fait du débiteur intervient pour faire passer la possession de la chose, de sa personne à son créancier. C'est lui qui la livre; c'est lui qui, par cette tradition, achève de constituer le gage. L'art. 446 est donc là pour condamner cette constitution du gage faite *par le débiteur*.

Maintenant, si vous admettez que la tradition du gage ne saurait être utilement opérée, pour ce qui concerne les meubles corporels, aux époques déterminées par l'article 446 du Code de commerce, comment pourrez-vous consentir à ce que la prise de possession des meubles incorporels soit effectuée d'une manière utile à ces mêmes époques? Ne voyez-vous pas qu'il ne faut pas abuser de ces mots : *par le débiteur*, écrits dans l'article 446, et qu'en les prenant à la lettre on marche droit aux plus étranges incohérences?

Je le répète, ces raisons me touchent beaucoup. J'attends, pour les abandonner, que la jurisprudence de la cour suprême se soit fortifiée par la sanction de l'opinion publique et de nouveaux arrêts.

277. Il ne suffit pas que le créancier fasse une signification de transport; il faut encore, pour que sa possession soit complète, qu'il reçoive livraison des titres mêmes qui constatent l'existence de la créance cédée en nantissement. C'est ce qui résulte de l'article 2076 du Code civil, applicable aux nantissements de créances aussi bien qu'aux nantissements d'objets corporels. Si la signification est nécessaire pour saisir le créancier à l'égard des tiers, la délivrance du titre est nécessaire pour le saisir à l'égard du débiteur (1); et la plénitude du droit du créancier ne peut résulter que du concours de ces deux saisines. Si le créancier n'était pas rendu porteur des titres, il est évident que son droit pourrait devenir l'objet de contestations périlleuses, et que sa possession manquerait d'une de ses bases les plus solides. La remise effective du titre est encore plus essentielle, s'il est possible, que la signification. La signification, en effet, n'est qu'une condition artificielle introduite par le législateur en vue d'une utilité pratique; mais la remise du titre est dans la nature même de l'agissement, en sorte que l'esprit a de la peine à comprendre comment le nantissement d'une créance pourrait être quelque chose de sérieux et d'efficace si le titre de cette créance n'était pas livré.

De là plusieurs conséquences graves à noter.

278. Quand une créance est sans titre, elle ne saurait être l'objet d'un gage légal. Comment pourrait-on en opérer la tradition? Et quand il n'y a ni tradition ni possibilité de tradition, comment le gage pourrait-il se former?

Supposons, par exemple, que Primus, débiteur de 20,000 francs envers Secundus, voulant donner à ce dernier des sûretés du remboursement, lui cède les actions qu'il peut avoir contre Tertius, et que ces actions ne reposent pas sur des titres et contrats. Ce gage n'aura rien de réel. Ce sera une constitution de gage, sans livraison des titres de la créance donnée en nantissement. Le gage manquera d'une de ses conditions substantielles (2).

279. Autre conséquence. Il peut arriver que la créance soit de beaucoup supérieure à la dette pour laquelle on la donne en gage, et alors le débiteur répugne à remettre au créancier les titres qui la constatent. Il ne faut pas cependant que le créancier consente à rester les mains dégarnies; sans quoi son droit est compromis. Si le débiteur voit des inconvénients à lui remettre le titre, il peut exiger qu'il soit livré à un tiers, ainsi que l'article 2076 autorise à le faire. De toute manière, il est indispensable que le débiteur soit dessaisi.

C'est ce qui a été jugé par arrêt de la cour d'Aix du 21 juillet 1842 (3).

Candolle, débiteur de Lieutaud d'une somme de 3,740 fr., déclare lui donner en gage pareille somme à prendre sur celle de 16.212 fr., à lui due par la compagnie d'assurance *l'Union des ports*. L'acte autorise Lieutaud à toucher directement la somme qui lui était ainsi donnée en gage. Lieutaud le signifie à la compagnie.

Candolle ayant fait faillite, le privilége de Lieutaud fut contesté. On soutint que son nantissement était nul, faute de remise du titre donné en gage.

Le tribunal de première instance éluda la difficulté et considéra l'opération comme une cession.

Sur l'appel, la cour royale d'Aix décida que les parties n'avaient pas voulu faire un transport; que Candolle avait seulement entendu donner un gage à Lieutaud et lui assurer son remboursement dans le cas où lui-même ne le payerait pas.

Ceci posé, la cour établit qu'il n'y a pas de différence, aux yeux de l'article 2076, entre le gage corporel et le gage incorporel. Il faut que le propriétaire se désinvestisse et qu'il saisisse le débiteur. Or, dans l'espèce, il n'y a pas eu remise réelle entre les mains de Lieutaud du titre donné en gage. Cette décision est à l'abri de toute critique.

Nous ferons remarquer que le motif qui, dans l'espèce, avait déterminé Candolle à ne pas se dessaisir du titre qu'il avait contre la

(1) Arg. des art. 1689 et 1690. C. civ.
(2) Lyon, 31 janvier 1839 (Devill., 39, 2, 538; Dall., 40, 2, 50).
(3) Devill., 43, 2, 199.

compagnie, c'est que sa créance contre elle était de beaucoup supérieure à ce qui était dû à Lieutaud. Mais la cour royale fait observer, avec raison, que la loi permettait de parer à cet inconvénient; car elle autorise le dépôt en mains tierces [1].

280. Tout cela découle de cette régle posée dans l'article 2076 et applicable aux articles 2074 et 2076, savoir : que le débiteur doit se dessaisir et mettre le créancier en possession. Cette règle est, du reste, consacrée par la jurisprudence la plus respectable, et la cour de cassation a jugé, au rapport de Pataille, par arrêt du 11 juin 1846 [2], que la remise du titre est indispensable pour constituer un nantissement parfait; que l'article 2076 du Code civil s'applique aux nantissements de créances et de droits incorporels comme aux gages de choses corporelles. Il faut donc que la remise du titre soit faite, soit au moment du contrat, soit avant toute mainmise des tiers. Sans cette remise il n'y a pas de possession, et sans possession le gage est imparfait et ne confère pas de privilége. Quand même le créancier gagiste aurait signifié son transport, ainsi qu'il doit le faire d'après ce que nous disions il n'y a qu'un instant, il ne serait pas en possession si d'ailleurs il n'était pas saisi du titre, si ce titre ne lui avait pas été remis [3]. La signification est bien un des éléments de la prise de possession; mais à elle seule elle ne la constitue pas; elle doit être précédée d'un autre élément, de la délivrance du titre.

281. Ces principes sont applicables dans les matières de commerce comme dans les matières civiles, dans tous les cas où l'article 95 du Code de commerce exige l'emploi des formes civiles. La loi du 8 septembre 1830 [4] confirme cette vérité; elle parle nommément des consignations de fonds publics français, et d'actions des compagnies d'industrie ou de finance.

282. Mais ces valeurs ne sont pas les seules que le commerce ait l'habitude de donner en nantissement; tous les jours on se procure du crédit dans le commerce avec des nantissements d'effets négociables ou d'effets au porteur. Pourquoi donc la loi du 8 septembre 1830 ne parle-t-elle pas de ces consignations?

La raison en est simple.

La loi du 8 septembre 1830 a eu pour but de soulager le commerce en le dégrevant des droits fiscaux très-onéreux qui, avant sa promulgation, pesaient sur les contrats de nantissement faits entre négociants. Or, s'il est un point constant en pratique commerciale et dans la plupart des tribunaux consulaires, c'est que, même dans le cas de l'article 95 du Code de commerce, le gage des valeurs négociables par la voie de l'endossement ou au porteur n'est pas assujetti aux formalités du droit civil [5]. La transmission de ces effets, par cession ou autrement, a ses règles particulières; elle n'a pas besoin des solennités du droit civil; ces solennités ne sont nécessaires que lorsqu'il s'agit de donner en gage des créances et valeurs non négociables par la voie de l'endossement ou n'étant pas au porteur. Voilà pourquoi la loi du 8 septembre 1830 n'a pas parlé des valeurs négociables. Il n'était pas nécessaire de dégrever le nantissement de ces valeurs; car, comme il n'en était pas dressé d'acte, aucun secours n'était réclamé à cet égard par le commerce.

283. Ceci posé, établissons par plus de détail la vérité de nos propositions.

Et d'abord, parlons du nantissement des lettres de change.

Nous répétons que le nantissement des lettres de change et billets transmissibles par voie d'endossement s'effectue, non par les formes prescrites par l'art. 2074 du Code civil, mais par les formes de cession propres à ce genre de négociation (art. 136 et suiv. du Code de comm.). L'endossement s'en fait ordinairement par ces mots : *Passé à l'ordre de ***, valeur en garantie* [6].

Exemple :

Laussel avait souscrit des traites pour une valeur de 35,000 francs au profit de Peyré, qui les lui avait prêtés. Pour couvrir ce dernier par une garantie plus solide qu'une simple signature, Laussel passa à l'ordre de Peyré 35,000 francs d'effets de commerce souscrits par un sieur Cabannes. Cette transmission n'était qu'un nantissement; il était convenu que si Peyré était payé des 35,000 francs, il rendrait à Laussel les effets Cabannes. Laussel étant tombé en faillite, les syndics prétendirent que Peyré devait rapporter les billets Cabannes, par la raison que, n'ayant été donnés à Peyré qu'à titre de nantissement, ce nantissement était nul pour n'être pas revêtu de la forme prescrite par l'article 2074. Ce système échoua. La transmission des effets de commerce s'opère par endossement; les art. 136 du Code de commerce et 2084 du Code civil dispensent évidemment des formalités de l'art. 2074 [7].

284. Il y a plus : et s'il arrive que l'endossement soit fait dans la forme des endossements qui transmettent la propriété de l'effet, et que le porteur des effets de commerce, abusant des

---

[1] *Infrà*, n° 361.
[2] Devill. 46, 1, 444.
[3] *Junge* Liége, 15 mai 1810. *Pasicrisie*, à cette date. Duranton, t. 18, n° 525.
[4] *Suprà*, n° 123.
[5] *Suprà*, n° 145.
[6] Voy. une espèce jugée en cassation le 6 août 1845 (Dall., 45, 1, 392).
[7] Cass., 17 mars 1829, *Pasicrisie*, à cette date. *Junge* 10 juin 1835 (Dall., 35, 1, 272); 6 août 1845 (Dall., 45, 1, 392).

apparences d'un endossement ordinaire, veuille le faire considérer comme lui ayant transmis la propriété et non la simple possession d'un gage, les tribunaux peuvent consulter les présomptions graves, précises et concordantes de la cause pour rendre à la transmission le caractère du nantissement [1].

285. Il est donc constant que le nantissement des valeurs négociables peut s'opérer et s'opère tous les jours, non par la voie d'un acte en forme, mais par le moyen de l'endossement.

A. Dalloz, s'appuyant sur un arrêt de la cour de cassation du 6 août 1845, rapporté au n° précédent, croit qu'il appartient au pouvoir discrétionnaire des juges d'examiner si l'endos ne renferme pas plutôt un nantissement pur et simple qu'une négociation d'effets de commerce autorisée par les articles 136, 187, 110, 188 du Code de commerce [2]; il ajoute que, dans le cas où ils verraient un nantissement pur et simple, ils auraient le droit d'annuler le nantissement, faute d'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 2075 du Code civil. Il se fonde sur ce que, dans une espèce où l'endus portait : *valeur en garantie*, la cour de cassation a décidé « qu'une telle négociation ne » constitue pas le contrat de gage ou de simple » nantissement d'une chose mobilière, tel qu'il » est défini par les art. 2071 et 2072 du Code » civil, et pour lequel il est indispensable de se » conformer aux art. 2074 et 2075 du même » Code. »

Mais la pensée de la cour a-t-elle été saisie par A. Dalloz avec sa sagacité habituelle? Qu'a-t-elle voulu dire? que l'endossement, de quelque manière qu'il soit fait, valeur en espèces, valeur en marchandise, valeur en compte, ou *de toute autre manière* (art. 110 du Code de comm.), est un agissement *sui generis* qui transmet le billet par les moyens à lui propres, et dont les conséquences sont plus étroites que celles de la mise en gage autorisée par les articles 2071 et 2072 du Code civil. Et en effet, quelle que soit l'énonciation de la valeur, le porteur est censé propriétaire à l'égard des tiers; il a le droit de transmettre l'effet; il peut en disposer comme d'une chose sienne.

L'examen d'intention proposé par Dalloz est donc contraire, ce me semble, à l'arrêt de la cour de cassation. Cet arrêt décide très-ponctuellement qu'il n'y a pas à rechercher les termes de l'endos; que, quels qu'ils soient, cet endos saisit le porteur et lui confère des droits propres qu'on ne saurait lui enlever au nom des art. 2074 et 2075 du Code civil.

286. Nous venons de parler des lettres de change et billets à ordre.

Disons un mot des actions industrielles qui sont, non pas nominatives, mais transmissibles par la voie de l'endossement.

Porte remet à Ballot 4 actions sur le navire *le Roland*, et 9 actions sur le navire *l'Indien*, montant ensemble à 70,000 fr., et négociables par voie d'endossement. La remise s'effectue par un endos de Porte à Ballot, afin de couvrir ce dernier et le garantir des acceptations par lui données à des traites souscrites par Porte et s'élevant à environ 50,000 fr.

Faillite de Porte. Ses syndics revendiquent les actions, attendu que le gage n'a pas été revêtu des formalités prescrites par les art. 2074 et 2075 du Code civil. Mais la cour royale de Rouen rejeta cette prétention. De quoi s'agissait-il dans l'espèce? d'actions négociables, assimilées à des billets à ordre ou lettres de change, transmissibles par endossement. Ces actions, qui passent de main en main sans transport, ne sont pas assujetties aux mêmes règles que les marchandises ordinaires et les meubles. Il suffit d'un endossement régulier pour en transmettre la possession, et cet endossement remplace les actes publics ou sous seing privé et les transports. Les articles 2074 et 2075 ne sont donc pas applicables; ils ne sont faits que pour les marchandises et meubles non négociables par la voie de l'endossement [3].

287. Ce que la cour de Rouen a décidé pour des actions négociables par endos, la cour royale de Bordeaux l'a décidé pour des valeurs au porteur, dans une espèce où la banque de cette ville avait été nantie de valeurs au porteur qu'on revendiquait sur elle. La cour juge, par son arrêt du 17 août 1845, que la détention des valeurs au porteur a l'effet d'une cession et ne saurait être enlevée à la banque [4].

288. Un autre système, cependant, a été préféré par divers arrêts : « S'il est vrai, a-t-on dit, qu'aux termes de l'art. 136 du Code de commerce, la propriété d'un effet de commerce se transmette par voie d'endossement, cette disposition ne s'applique pas au cas où il est établi que cet endossement a eu pour objet de confier un gage à un créancier. Le contrat de gage a été assujetti à des formalités spéciales. Il a été environné de plus de précautions que la plupart des contrats translatifs de propriété, parce que, n'opérant pas un dessaisissement de la propriété et ne constituant qu'un privilége, il trouve plus de facilité de la part du propriétaire, et donne lieu à plus de fraudes et d'abus [5]. »

289. Ce système n'est pas seulement faux : il est absurde. Il tombe dans le formalisme le

---

[1] Cass., req., 10 juin 1835 (Dall., 35, 1, 272).
[2] Voy. t. 45, 2, 118, note.
[3] Arrêt du 29 avril 1837 (Devill., 37, 2, 375; Dall., 38, 2, 119).
[4] Devill., 45, 2, 450. *Suprà*, n° 151, je cite cet arrêt avec des observations.
[5] Paris, 21 juin 1842 (Dall., 42, 2, 216; Devill., 43, 2, 115). Douai, 29 mars 1843 (Devill., 43, 2, 341). Rouen, 2 déc. 1843 (Dall., 44, 2, 165).

moins intelligent. C'est l'application brutale du texte, sans distinction des actes, de leur nature, de leur propriété, de leur caractère transmissible. On a prétendu que la jurisprudence de la cour de cassation incline vers cette manière de juger [1]. Je ne connais que des arrêts qui la condamnent [2].

290. Et si aux autorités que nous avons invoquées tout à l'heure il était nécessaire d'ajouter de nouveaux arguments, ne pourrait-on pas en tirer un assez plausible de la jurisprudence consacrée par l'article 93 du Code de commerce, laquelle reconnaît à l'endos du connaissement la vertu de conférer au porteur une saisine de la marchandise accompagnée de privilége [3]?

291. Par suite de nos principes, nous donnons pleinement les mains à la solution suivante qui vient confirmer les précédentes; savoir, que les bons et reconnaissances du mont-de-piété étant de véritables effets au porteur, il n'est pas nécessaire de les signifier conformément à l'article 2075 du Code civil; il suffit de la remise du bon pour satisfaire à l'article 2076, et faire passer immédiatement le gage et tous les droits du débiteur entre les mains du créancier [4].

292. Résumons-nous.

L'article 93 du Code de commerce, dans le cas qu'il prévoit, et avec lui la loi du 8 septembre 1830 assujettissent aux formalités prescrites par l'article 2075 du Code civil les nantissements de fonds publics et actions industrielles. Mais toutes les fois que le nantissement porte, non pas sur des valeurs nominatives, mais sur des valeurs négociables par la voie de l'endossement, ou des valeurs au porteur, l'article 2075 cesse d'être applicable. Le nantissement de ces valeurs s'opère légalement par l'endossement régulier. La loi et l'usage commercial n'exigent rien de plus.

293. Quoique le nantissement des créances soit bien distinct de la cession ou transport d'icelles, il arrive assez souvent que les clauses de l'acte sont combinées de manière qu'il devient difficile de distinguer si les parties ont voulu faire un simple nantissement ou bien un vrai transport. Le juge examinera avec soin les faits et circonstances de la cause et se prononcera suivant ses lumières et sa conscience *pro veritate*.

Citons un exemple qui pourra mettre sur la voie de cet examen :

Par acte authentique, Doublet se reconnaît débiteur de Lesage de 3,000 fr. à lui prêtés par ce dernier; pour sûreté de quoi, il lui cède et transporte, par le même acte, tous ses droits à différentes créances, pour en jouir et disposer à sa guise comme de chose à lui appartenant. Doublet se réserve néanmoins le droit de reprendre ces créances en désintéressant Lesage.

Déconfiture de Doublet.

Les créanciers de ce dernier soutiennent que Doublet n'a pas voulu faire une cession à Lesage, qu'il a seulement entendu lui donner un nantissement. Ils argumentent de ce qu'il n'y a pas de prix stipulé et que le dessaisissement n'est pas entier.

Lesage répond que le prix est dans la somme prêtée par lui; qu'il y a dessaisissement entier puisque le contrat lui donne le droit de disposer de la chose comme maître et propriétaire; que le droit de la reprendre réservé par Doublet n'est pas incompatible avec une vente consommée, et que, d'ailleurs, ce droit est subordonné à l'aliénation que lui, Lesage, aurait pu faire des contrats.

Malgré ces raisons, la cour royale de Paris décida qu'il n'y avait ni prix ni dessaisissement, et que c'était un nantissement, et non une vente, qui était intervenu entre les parties. Le pourvoi dirigé contre cet arrêt a été rejeté par la chambre des requêtes le 3 juillet 1834 [5].

On peut confirmer cette manière de voir par deux arrêts de la cour royale de Lyon des 31 janvier 1839 [6] et 17 mars 1842 [7], et un arrêt de la cour d'Aix du 21 juillet 1842 [8].

294. Terminons le commentaire de l'article 2075 par une réflexion importante sur ce qu'on doit entendre par les expressions *meubles incorporels*, dont il se sert. Quoique la langue du droit soit bien fixée sur le sens de ces mots, il n'est cependant pas inutile de faire remarquer que notre article n'a pas entendu autoriser le nantissement des droits quelconques qu'on peut avoir sur un tiers. Aussi sa rédaction est-elle un peu différente de celle de l'article 1689 du Code civil, qui traite du transport-vente des droits incorporels. Cet article 1689 englobe tous droits quelconques mobiliers ou immobiliers, personnels ou réels [9]. Mais notre article 2075 ne se prête qu'au nantissement des *meubles incorporels*.

295. Il suit de là que si le débiteur donnait au créancier un droit réel en nantissement, ce dernier n'acquerrait pas privilége. D'une part, l'antichrèse ne procure aucune préférence au créancier; de l'autre, c'est seulement du gage mobilier qu'a parlé la loi quand elle a donné un privilége au créancier gagiste.

C'est ce dont le trésor a fait l'expérience dans l'affaire que voici :

[1] Dalloz, 44, 2, 163, note.
[2] *Suprà*, nos 283, 284, 285.
[3] *Junge* Valin, t. 1, p. 606.
[4] Metz, 22 déc. 1820. *Pasicrisie*, à cette date.
[5] Dall., 34, 1, 371.
[6] Devill., 39, 2, 538.
[7] Devill., 42, 2, 290.
[8] Devill., 43, 2, 199.
[9] Mon comm. de la *Vente*, t. 2, no 879.

La ville de Paris avait concédé à un sieur Testard, pour soixante et dix ans, la jouissance d'un terrain, à charge d'y faire des constructions. Testard donna ce contrat en nantissement au trésor. Le trésor, n'étant pas payé de ce qui lui était dû par Testard, prétendit faire vendre le droit d'emphytéose pour être colloqué par privilége. Testard s'y opposa, attendu que le droit de faire vendre dérivait du privilége, et que, dans l'espèce, aucun privilége n'existait, le nantissement étant d'une chose immobilière; que lui seul, Testard, avait le droit de faire procéder à la vente du bail emphytéotique, et à sa requête.

C'est ce qui fut jugé par arrêt de la cour royale de Paris du 3 février 1836 [1], et cette décision est tout à fait juridique.

Article 2076.

Dans tous les cas, le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties [2].

SOMMAIRE.

296. De la mise en possession du créancier. Nécessité de cette condition.
297. Raisons de droit qui ont fait exiger la mise en possession du créancier.
298. Raisons de crédit privé.
299. Mais faut-il écarter ce que les anciens appelaient possession feinte?
Opinion de Brodeau.
300. Réfutation de cette opinion.
301. Comment s'opère la mise en possession du créancier.
302. *Quid juris* quand la chose a un certain trajet à parcourir pour arriver dans la main du gagiste?
303. Le gage est-il en suspens pendant l'expédition?
304. Quand et par quels actes le créancier est-il saisi?
305. Suite. Exemples : des transferts en douane.
306. Des transferts en douane comme constitutifs du gage.
307. Suite.
308. Des transferts en douane comme indices de la possession.
309. Quelquefois les soins du débiteur sont nécessaires pour la conservation de la chose engagée. Ces soins ne sont pas exclusifs d'une dépossession réelle de sa part, et d'un investissement véritable au profit du créancier.
310. Cependant, en fait, il peut en être autrement.
311. Examen de quelques arrêts.
312. Suite.
313. Suite.
314. Suite.
315. De la possession donnée à deux créanciers différents de la même chose.
316. Examen de cette situation.
317. Suite.
318. Suite.
319. De la lettre de voiture et du connaissement comme condition de possession quand la marchandise voyage.
Des factures.
320. Des factures à ordre.
321. Définition du connaissement.
322. Suite.
323. Effet du connaissement.
324. La remise du connaissement saisit. Antiquité de cette jurisprudence.
325. Erreur reprochée à Émerigon qui a cru que le connaissement ne produisait qu'une possession feinte.
326. Cette fausse doctrine a conduit ce judicieux auteur à des conséquences erronées.
327. Suite.
328. Suite.
329. Le privilége du gagiste n'en existerait pas moins quand même ce serait pendant le voyage que le connaissement aurait été passé à son ordre.
330. Mais cela n'est vrai qu'autant que le connaissement a été régulièrement transféré.
Si l'endossement est irrégulier, le gagiste n'est qu'un mandataire, et il est passible de toutes les exceptions de son auteur.
331. Jurisprudence contraire de la cour de Douai.
332. Examen de sa doctrine.
333. On ne l'a pas toujours combattue par les meilleurs arguments.
334. Véritable raison de décider.
335. Suite.
336. Suite.
337. Quand un connaissement n'a pas été créé à ordre, il n'appartient pas à la personne désignée de le transmettre par la voie de l'ordre.
338. Raison de cette proposition.
339. Des lettres de voiture. Elles correspondent, pour

---

[1] Dall., 36, 2, 76.

[2] Le créancier à qui une rente a été donnée en gage ne peut exercer aucun privilége, si la tradition n'en a pas été effectuée conformément à l'article 2076 du C. civ.; il ne suffit pas que le créancier ait fait signifier son titre au débiteur de la vente. Liége, 15 mai 1810. (Voy. Briboaia C. d'Otreppe.) *Arr. not.*, 2, 1, 309.

les expéditions terrestres ou fluviales, au connaissement.
340. La lettre de voiture peut être faite à ordre, quoique le Code de commerce ne le dise pas. L'usage l'a ainsi établi. Il y a même raison de décider que pour le connaissement.
341. Mais quand elle n'a pas été créée à ordre, on applique ce qui a été dit au nº 337.
Arrêt de la cour de cassation.
342. Il n'y a pas de termes sacramentelles pour la lettre de voiture.
343. Suite et arrêt de cassation.
344. Faute de connaissement ou de lettre de voiture, le gagiste n'est saisi que par l'arrivée de la marchandise.
345. Il est saisi si elle arrive dans les magasins de son mandataire.
346. Suite.
347. La tradition est tardive quand elle a lieu après la faillite.
348. *Quid* si le connaissement a été envoyé avant la faillite, mais n'est arrivé qu'après?
349. La livraison est-elle également tardive si elle a lieu pendant les dix jours qui précèdent la faillite?
350. Non-seulement le gagiste doit avoir été saisi, mais il faut qu'il continue à l'être. Il perd son privilége s'il perd la possession.
351. Examen d'un cas où, bien qu'il ait expédié la marchandise, il n'est pas dessaisi.
352. Autres cas et autres nuances. Circonstances d'où résulte la dépossession.
353. Suite.
354. De la question de savoir si le commissionnaire qui a expédié à son commettant la marchandise sur laquelle il avait privilége pour ses avances peut la revendiquer;
355. Ou se présenter comme subrogé aux droits du vendeur duquel il a acheté la marchandise pour son commettant.
356. Arrêt de la cour de cassation sur cette question.
357. Suite.
358. Suite.
359. Suite. Le commissionnaire n'a ni revendication ni subrogation.
360. Suite.
361. Suite.
362. Est-il vrai que la coutume commerciale soit, en ce cas, favorable au gagiste?
363. Raison pour la négative.
364. Suite.
365. Suite.
366. Suite.
367. Différence entre le vendeur non payé et le commissionnaire, et raisons pour ne pas étendre à celui-ci le privilége de celui-là.
368. Suite.
369. Suite.
370. C'est parce qu'on a senti cette différence qu'on a dit que le commissionnaire est un vendeur fictif. Mais il n'y a pas de vendeur fictif.
371. Suite.
372. Conclusion.
373. Du gage remis entre les mains d'un tiers.
374. Cette précaution est souvent très-sage. Exemple.

COMMENTAIRE.

296. Le contrat de nantissement ayant pour but de retirer une certaine chose des mains du débiteur pour la placer dans celles du créancier à titre de sûreté, il s'ensuit que le gage n'est véritablement parfait qu'autant que le débiteur s'est dessaisi, et que, par une tradition positive et incontestée, il a livré la possession de la chose au créancier [1]. *Pignus a pugno,* disaient les jurisconsultes romains [2] afin de dépeindre cette appréhension manuelle qui est indispensable dans le gage. Que l'étymologie soit forcée, je l'accorde; mais elle a été inventée pour répondre à une idée vraie. Il faut que la chose passe en réalité du débiteur au créancier : *ad creditorem transit* [3]; non pas que ce passage touche en rien à la propriété, car le gage n'a pas pour but de transporter la propriété [4]; mais c'est un déplacement de possession [5], et ce déplacement est une condition essentielle du gage [6]. *Simul traditur creditori;* ce sont les paroles des Institutes [7].

297. Il suit de là que si le créancier n'était pas saisi de la possession, il ne pourrait pas se présenter aux tiers comme investi de ce privilége qui fait la force de son droit. Il lui manquerait en effet un des éléments du gage, et avec cet élément le droit réel et le droit de rétention, qui en sont la conséquence et qui militent, le premier contre les tiers, le second contre le débiteur [8]. Imparfait entre le créancier et le débiteur, comment le gage ne serait-il pas à plus forte raison insuffisant à l'égard des tiers, qui trouveraient la chose dans les mains du débiteur commun et auraient le droit de s'en emparer?

298. A cette raison de droit se joint une raison de crédit privé qui a aussi sa valeur. Par sa dépossession, le débiteur fait sortir la chose de ses mains, et ce passage annonce aux tiers

[1] *Suprà,* nºs 97, 98.
[2] *Suprà,* nº 6.
[3] Ulp., l. 9, § 2, D., *de pignerat. actione.*
[4] Florentinus, l. 35, § 1, D., *de pigner. act.*
[5] *Id. : Solam possessionem transfert ad creditorem.*
[6] *Pignus contrahitur traditione.* Ulp., l. 1, D., *de pigner. act. Junge* l. 9, § 2, D., *de pign. act.*
[7] *De act.,* § 7.
[8] *Suprà,* nºs 97, 98.

qui ont à traiter avec lui qu'il est appauvri de cette chose. Or, il est bon pour le commerce que ce déplacement ait une manifestation sérieuse [1]; il montre la mesure du crédit du débiteur. Mais où en serait-on si le gage des choses mobilières pouvait se contracter sans tradition ? Que de fraudes ! que de dissimulations ! que de mécomptes pour les tiers [2] ! Nous disons donc deux choses : c'est qu'il faut que le débiteur se dessaisisse, et que de plus il doit se dessaisir ostensiblement, franchement, sans détour captieux, sans les combinaisons astucieuses qui trompent les tiers sur le véritable possesseur de la chose.

299. C'est pourquoi Brodeau exigeait que la possession du gagiste fût une possession « naturelle, réelle et actuelle du gage, et non la possession civile, ficte, ou feinte et précaire, et ce, sans fraude [3]. » Mais il y a dans cette proposition de l'exagération. Pour se bien pénétrer de ce qu'elle a de trop absolu, il faut se reporter à ce que nous avons dit, dans notre commentaire de la *Vente*, de la distinction vulgaire des interprètes entre la tradition réelle et la tradition feinte [4]. Si, sous l'influence de cette distinction, on appliquait avec docilité le système de Brodeau, il y a une foule de cas dans lesquels le crédit se trouverait privé des moyens les plus commodes de constituer le gage. Que deviendraient, par exemple, en matière commerciale, les constitutions de gage par la voie de la remise du connaissement et de la lettre de voiture? Il faudrait même aller jusqu'à repousser la tradition qui s'effectue par la remise des clefs du magasin dans lequel la chose est déposée ; car il a plu aux interprètes de ranger ce mode de tradition parmi les traditions symboliques [5].

300. Il ne saurait en être ainsi. Nous avons démontré que la distinction entre la tradition réelle et la tradition feinte n'est pas vraie [6]. Elle embarrasse la jurisprudence au lieu de l'éclairer; elle porte la confusion au lieu de porter la lumière ; en la rejetant, nous rejetons la proposition de Brodeau, proposition du reste démentie par la pratique la plus constante et les textes les plus formels [7].

301. La tradition se compose de deux éléments : dépossession du débiteur qui possédait ; possession du créancier entre les mains duquel passe la chose.

Dans la plupart des cas, ces deux éléments marchent ensemble comme conséquence nécessaire l'un de l'autre. Le débiteur, en se dessaisissant, saisit en même temps le créancier ; si, par exemple, il lui remet la clef des magasins, cette remise opère du même coup la tradition complète, c'est-à-dire le dessaisissement du débiteur et l'investissement du créancier.

Du reste, comme nous le verrons plus tard, il faut que cette dépossession du débiteur soit sincère ; il ne faut pas qu'elle soit arrangée de manière à ne laisser au créancier qu'une vaine apparence de possession, et à conserver au débiteur le véritable maniement de la chose [8].

302. Quand l'objet donné en gage a un certain trajet à parcourir avant d'arriver dans les mains du créancier, les deux éléments dont nous venons de parler se montrent plus ouvertement avec leur caractère distinct. Dans le commerce, où la consignation se donne si fréquemment de place en place, on les voit séparés par les lieux et par un trait de temps; en sorte qu'il peut arriver que le débiteur soit dessaisi par l'expédition, sans qu'il soit constant que le créancier est saisi par la réception ou autre moyen équivalent.

303. En effet, l'expédition de la marchandise commence quand elle est sortie des magasins du débiteur et livrée au voiturier ou au capitaine de navire. Ce premier pas est indispensable [9]. Mais la chose n'est pas encore, pour cela, dans la possession du créancier destinataire ; il faut de plus qu'elle soit à sa disposition dans un magasin ou dans un dépôt public. Toutefois, la saisine de celui-ci ne dépendra pas nécessairement de l'arrivée au lieu indiqué. Il serait nuisible aux intérêts du commerce de laisser la réalisation du gage en suspens pendant le temps de l'expédition ; ce serait empêcher la marchandise d'entrer dans la circulation comme valeur de crédit, et de devenir matière à sous-consignation. On remplacera donc la possession manuelle de la chose expédiée par l'envoi du connaissement ou de la lettre de voiture ; par là, le créancier, ayant seul le droit de recevoir la chose, recevra le droit d'en disposer. Il en aura donc une possession réelle, certaine, exclusive ; la chose aura été retirée de l'actif du débiteur pour passer dans le sien, et c'est le cas de dire : *ad creditorem transit*.

Tel est le droit consacré par l'article 93 du Code de commerce. Nous n'avons voulu, quant à présent, qu'en montrer le résumé succinct. Plus tard, nous le développerons dans tous ses détails [10]. Mais, avant de passer à ce côté important de notre sujet, nous avons plus d'une

[1] *Suprà*, n° 98, et *infrà*, n° 312.
[2] *Id.*
[3] Sur Paris, art. 181, n° 3. *Suprà*, n° 99.
[4] T. 1, n° 267.
[5] Mon comm. de la *Vente*, t. 1, n° 267. *Junge* Delamarre et Lepoitevin, qui partagent mon avis, t. 3, n° 234.
[6] *Loc. cit.*, n° 274, nonobstant l'art. 1919, C. civ. Voy. notre comm. du *Dépôt*, n° 21. *Infrà*, n°s 315, 316.
[7] Arg. de l'art. 1919, C. civ. Art. 93, du C. de commerce.
[8] *Infrà*, n° 312.
[9] Mon comm. de la *Vente*, t. 1, n° 281. Delamarre et Lepoitevin, t. 3, n°s 136 et suiv.
[10] *Infrà*, n°s 321, 322 et suiv.

observation à faire pour présenter l'explication complète de la situation dont nous parlions au n° 301, c'est-à-dire de celle où la marchandise est sur les lieux et où il n'y a pas d'expédition. Voyons quand le créancier peut se dire saisi.

304. Le créancier est saisi quand la marchandise est déposée dans un lieu qui lui appartient, ou qu'il a loué, et que cette marchandise y est à sa disposition. Si elle est chargée sur un navire à lui appartenant [1], il en est saisi tout aussi bien que si elle était dans son magasin. Il en est de même si elle est consignée pour lui dans les magasins d'une personne qui le représente [2]. Partout où est la marchandise dont un négociant a la disposition, là est son magasin. Le mot magasin a ici le sens le plus large [3].

305. Le gagiste est saisi également quand la marchandise est déposée pour lui dans un dépôt public tel que la halle au blé, la douane, etc., etc. [4], et qu'il conste qu'il en a seul la disposition.

Dans les opérations commerciales, il n'y a rien de plus fréquent que les transferts de marchandises déposées dans les dépôts publics. Les transferts en douane sont surtout très-usités. Une marchandise arrive du dehors; le négociant à qui elle est adressée peut n'avoir pas de fonds disponibles pour payer les droits; il a recours au crédit; il emprunte, et, pour donner au créancier un gage assuré, il lui fait le transfert de la marchandise déposée à la douane, de telle sorte que lui seul peut ensuite la retirer. Les ports de mer sont tous les jours témoins de pareilles conventions. Par cet acte de transfert, l'emprunteur déclare céder, en entrepôt, à tel, tel objet; par exemple, tant de barres de fer plat de telle dimension, pesant tant, etc., etc., et le transfert est transcrit sur les registres de la douane.

306. Des difficultés graves se sont élevées sur la valeur d'un tel acte. Soit qu'on l'ait considéré comme constitutif du gage, soit qu'on l'ait considéré comme indice de possession, on lui a trouvé des côtés faibles, qui plus d'une fois ont ruiné les espérances de ceux qui se croyaient bien nantis.

Comme constitutif du gage, on a dit : Le transfert en douane se fait au moyen d'une formule qui indique un transport de la propriété : donc il n'est pas un nantissement. Si les parties ont voulu faire un nantissement, elles se sont trompées; elles ont fait autre chose que ce qui était dans leur intention; elles s'y sont mal prises. Leur transfert n'est pas l'acte exigé par l'art. 2074 du Code civil. Il ne vaut rien comme constitutif du gage, car il n'en a pas les formes extérieures requises. D'un autre côté, il ne vaut rien comme translatif de propriété, car les parties n'ont pas eu l'intention de transférer la propriété.

C'est ce qu'a décidé un arrêt de la cour royale de Caen du 22 juillet 1845, confirmatif d'un jugement du tribunal de commerce de Honfleur [5]. Cet arrêt décide que le transfert, ne renfermant pas une volonté de vendre, ne vaut pas comme vente, et qu'il ne vaut pas non plus comme gage, attendu que le créancier muni de ce transfert n'a pas rempli les formalités prescrites par l'art. 2074, dont l'accomplissement peut seul lui donner privilége?

307. Cette question revient à peu près à celle que nous avons examinée ailleurs, et qui consiste à savoir quelle est la valeur des gages dissimulés sous forme de vente [6] et des gages de créances négociables effectués sous forme d'endossement [7]. Si la donation déguisée sous forme de vente vaut comme donation, quoiqu'elle ne soit pas revêtue des formalités prescrites pour la donation, pourquoi le nantissement déguisé sous forme de vente ne serait-il pas aussi tenu pour valable? De plus, le nantissement des effets de commerce ne s'opère-t-il pas par endossement, c'est-à-dire par un acte de cession, et non par un contrat spécial de gage? Et cependant un tel nantissement, quoique affectant les formes extérieures de la vente, n'est-il pas valable comme nantissement? L'endossement d'un connaissement qui transmet, au moins en apparence, la propriété de la chose, n'est-il pas le mode usité de nantir un commissionnaire, et une des formes d'impignoration autorisées par l'art. 93 du Code de commerce?

308. Quant au transfert en douane invoqué comme indice de possession, en général on ne saurait en contester l'efficacité [8]. Cependant il s'est offert une hypothèse où deux créanciers, auxquels la même chose avait été donnée en gage par la fraude du débiteur, se présentaient avec des prétentions très-spécieuses de part et d'autre. L'un était nanti des clefs; l'autre produisait un transfert en douane. Le premier avait un titre antérieur et une saisine des clefs qui précédait le transfert. Dans ces circonstances, la priorité et le privilége furent accordés au créancier qui avait le titre le plus ancien et la détention des clefs.

Le transfert en douane, dit la cour royale d'Aix dans son arrêt du 21 février 1840 [9], fixe les relations de la douane avec le propriétaire ou détenteur des marchandises entreposées,

[1] *Suprà*, n° 99. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 408.
[2] *Infrà*, n° 345 et 373.
[3] Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 409. Pardessus, n° 1205.
[4] Art. 93 du Code de commerce.

[5] Inédit. *Suprà*, n° 172. Je l'ai eu en mains dans un rapport que j'ai fait à la chambre des requêtes.
[6] *Suprà*, n° 204.
[7] *Suprà*, n° 282 et suiv.
[8] *Infra*, n° 319.
[9] Dall., 40, 2, 128, 129.

en déterminant avec certitude la personne responsable des droits. Il laisse donc en dehors toutes les transactions commerciales dont la propriété des marchandises peut fournir l'aliment, sous la condition de ne pas les déplacer matériellement sans avoir acquitté les droits ou obtenu le consentement de la douane; formalités fiscales qui n'ont aucune sorte d'influence sur la validité des contrats auxquels la douane n'intervient pas. Il est d'ailleurs plutôt un signe de propriété qu'un signe de possession, en ce qu'il donne envers la douane le droit de disposer en maître des propriétés transférées, disposition qui n'est pas dans la nature du contrat de nantissement et qui est, au contraire, proscrite par l'article 2073 du Code civil. Le créancier à qui la chose a été engagée, et qui tient de son contrat le droit d'en réclamer la possession, ne pourrait exiger que le transfert en douane fût effectué sur sa tête.

Ces raisons de la cour d'Aix ne sont pas sans valeur dans l'espèce débattue. Mais elles n'infirment pas la puissance qui, dans les cas ordinaires, s'attache au transfert en douane.

509. Bien que la marchandise soit déposée dans les magasins du créancier, il peut arriver que les soins du débiteur lui soient nécessaires. Alors il n'est pas défendu de stipuler qu'il continuera à s'en occuper dans l'intérêt du créancier. L'important est que cette clause ne cache pas une fraude. Du reste, la possession du créancier n'est pas incompatible avec une certaine coopération du débiteur, resté propriétaire, pour la conservation de la chose [1]. Le créancier n'en reste pas moins possesseur exclusif de cette chose. Le débiteur n'en est pas moins dépossédé.

510. Toutefois les tiers se méfient souvent de cette clause; ils la considèrent comme apposée pour leur porter préjudice en faisant croire au public que le débiteur a conservé la possession de la chose et que son crédit n'est pas altéré; mais c'est là une question de fait, et les tribunaux sont appelés à la résoudre d'après les espèces.

Citons quelques exemples propres à éclairer l'esprit du lecteur.

511. Morin, Jomain et Cie, marchands de vin à Beaune, donnèrent en nantissement à Wieland et Hoffman, de Bade, 59,931 bouteilles de vin de Bourgogne, pour nantissement d'une somme de 50,000 fr. dont ils étaient redevables à ceux-ci. Il fut passé acte de ce contrat de gage le 25 juillet 1839.

Ce vin fut livré aux créanciers entre les mains de Michel, leur mandataire, et déposé dans des caves louées par lui. Il fut convenu que Morin, Jomain et Cie donneraient aux vins tous les soins nécessaires, en présence de Michel, qui dans aucun cas ne se dessaisirait des clefs de la cave.

Toutefois, pour faciliter les soins de Morin, Jomain et Cie, il arriva quelquefois à Michel de leur livrer les clefs; il arriva même, en 1840, que les débiteurs firent enlever des bouteilles de vin, les transportèrent chez eux et les mirent en pièce.

Faillite de Morin, Jomain et Cie.

Les syndics soutinrent que le nantissement était nul, parce que les débiteurs ne s'étaient pas dessaisis; ils argumentaient de leurs soins, de leurs visites, de leur possession des clefs, de la reprise de partie des vins, etc.

Un jugement du tribunal de commerce de Beaune déclara le nantissement nul. Sur l'appel, Wieland et Hoffman déclarèrent renoncer à leur privilége sur les vins retirés par les débiteurs; mais ils persistèrent à se prétendre privilégiés sur les autres, et un arrêt de la cour de Dijon du 17 août 1841 leur donna gain de cause.

Cet arrêt établit que les créanciers ont eu la possession réelle des vins. Ces vins ont été déposés dans des caves louées par les créanciers et dont ils avaient les clefs.

A la vérité, une clause du traité obligeait le débiteur à donner ses soins à la chose engagée. Mais cette clause n'est pas incompatible avec le contrat de nantissement. Elle trouve son motif dans la nature même de l'objet donné en gage. Il s'agissait de vins de Bourgogne mousseux. La conservation de ces vins exige des connaissances particulières, et peu de personnes dans la Côte-d'Or les possèdent.

Quant à la remise des clefs faite par Michel aux débiteurs, on ne peut dire que Michel s'en soit dessaisi; il n'a fait qu'adopter une marche qui lui paraissait plus commode pour que les ouvriers employés à la conservation des vins pussent opérer avec facilité et sans perte de temps.

Par arrêt de la chambre des requêtes du 11 avril 1842, le pourvoi a été rejeté. Les points de fait déclarés constants par la cour royale conduisaient à ce résultat inévitable [2].

512. Maintenant, voici une autre espèce où le créancier a eu un sort différent : c'étaient des vins de Champagne qui étaient l'objet du gage, et le débiteur avait été chargé de les soigner. Deux arrêts de la cour royale de Paris du 20 mai 1841 [3] s'en sont occupés; l'un annule deux actes de nantissement de 62,000 bouteilles de vin de Champagne, l'autre déclare nul un nantissement de 20,000 bouteilles, par la raison que le débiteur, marchand, s'était réservé le droit de les soigner, et, en effet, les avait soignés par lui et ses ouvriers. Il est à remarquer, pour la justification de cette décision, que l'arrêt constate, en fait, que le débiteur

[1] Arg. de la loi 35, § 1, D., *de pigner. act.* (Florentinus) : *Pro conducto debitor re sua uti potest.*

[2] Devill., 42, 1, 926. Dall., 42, 1, 394, 239.
[3] Dall., 41, 2, 218.

n'avait pas cessé un seul instant d'être en possession des caves contenant les vins, que les vins n'avaient pas été déplacés, et que tous ceux qui lui restaient en propre se trouvaient mêlés avec ceux donnés en nantissement; de telle sorte que rien n'indiquait qu'il en fût réservé une partie quelconque pour un gage; que de là il était arrivé que le public avait continué à considérer les vins comme constituant l'actif du débiteur; qu'on lui avait prêté par suite de cette fausse idée, ce qu'on n'aurait pas fait si on avait su qu'un gage en affectait la plus grande partie; que les tiers avaient été trompés [1].

313. Telles sont les circonstances graves qui déterminèrent les juges de la cause. Mais, dans une autre affaire où elles ne se présentaient pas, et où le débiteur avait remis au créancier la clef des caves, où ces caves ne faisaient pas partie de sa maison de commerce, où c'était un tiers qui avait été chargé de soigner les vins, la cour maintint le nantissement par arrêt du 7 août 1841 [2]; ce qui est conforme à l'arrêt de Dijon rapporté au nº 311. Il en résulte donc que rien, dans la nature du nantissement, ne s'oppose à ce que la possession du créancier soit mélangée d'une intervention du débiteur à titre précaire, pour soigner, conserver la chose. Le débiteur n'est pas moins dessaisi de la possession; la possession ne repose pas moins sur la tête du gagiste.

314. On peut même dire d'une manière plus générale que, toutes les fois que l'assistance du débiteur est nécessaire pour la meilleure réussite du nantissement, elle doit être tolérée, à la condition toutefois qu'elle n'ébranle en rien la saisine du créancier.

C'est encore un point que la jurisprudence autorise, ainsi qu'on peut s'en convaincre par l'exemple suivant. Il peut arriver que lorsque la marchandise est consignée dans un dépôt public à la disposition du créancier, la convention stipule que le propriétaire s'occupera lui-même de la vente. Cette clause n'est pas rare dans les prêts sur consignation faits par les banquiers. Elle a pour but d'affranchir le consignataire du soin de la vente, et d'y employer le propriétaire, qui a encore plus d'intérêt que le prêteur à la rendre prompte et avantageuse. Il ne faudrait pas se prévaloir de cette circonstance pour soutenir que le créancier n'a pas la possession. Tant que les marchandises restent dans ses magasins ou qu'elles sont à sa disposition dans un dépôt public, il en conserve le nantissement. La vente que le propriétaire en fait laisse subsister cette possession jusqu'à ce que le consignataire donne son consentement à la délivrance. Il peut refuser de s'en dessaisir s'il n'est pas payé [3].

315. Nous venons de parler du mélange de la possession du créancier avec une certaine intervention du débiteur, mélange qui n'empêche pas la possession du gagiste d'être exclusive.

Il faut nous occuper d'un cas plus délicat et plus neuf en jurisprudence : c'est celui où deux personnes ayant des intérêts distincts auraient toutes les deux la possession de la chose à titre de gage; et alors deux hypothèses diverses peuvent se présenter :

1º Le débiteur peut avoir donné la chose en gage à deux créanciers, en stipulant que l'un serait préférable à l'autre. Le gage ainsi constitué au profit de deux personnes opposées d'intérêt sera-t-il valable?

2º Le débiteur peut avoir eu la mauvaise foi de donner la même chose en gage à deux créanciers ayant des intérêts divers. Chacun est saisi; mais la possession de l'un est plus étroite et plus ancienne que celle de l'autre. Il aura sans aucun doute la préférence. Mais l'autre, après avoir été vaincu par lui, pourra-t-il prétendre cependant qu'il a une saisine assez puissante pour l'emporter, en ce qui concerne le rémanence du gage sur d'autres créanciers purement chirographaires? Ces questions ont été soulevées par la jurisprudence, et elles ont été jugées dans le sens de la validité du gage par arrêt de la cour royale d'Aix du 21 février 1840 [4]. Cette décision me paraît juste; mais, avant tout, il faut s'entendre.

316. Et d'abord, en ce qui concerne notre première hypothèse, ce n'est pas que l'on doive dire que les deux gagistes auront des droits égaux et qu'ils viendront ensemble sur le produit du gage pour partager au marc le franc. Nullement. Le premier saisi l'emportera sur le second et sera payé avant lui; mais, lorsqu'il aura été désintéressé, le second gagiste pourra se prévaloir de sa saisine pour se faire payer sur le surplus par préférence aux autres créanciers.

Ainsi, supposez qu'un débiteur ait dans un entrepôt une grande quantité de marchandises encombrantes, telles que barriques de vin, barriques de sucre; il n'y a rien d'impossible à ce qu'il puisse donner ce gage à deux créanciers, et qu'il les saisisse par la remise de doubles clefs, déposées entre leurs mains, de manière à ce qu'ils s'entendent amiablement et de bonne foi pour la surveillance et la garde de la chose et pour la vente en cas de non-payement.

317. Il faut avouer cependant que cet accord entre les deux gagistes existera rarement. Le premier créancier craindra naturellement le contact du second; il se défiera de sa copossession et ne voudra pas de rival, même, avec la certitude que ce rival ne viendra qu'après lui. Les fraudes, les divertissements possibles, les

[1] *Suprà*, nº 288.
[2] Dall., 42, 2, 219.

[3] Nancy, 14 déc. 1838 (Devill., 39, 2, 239).
[4] Dall., 40, 2, 128, 129.

difficultés de s'entendre, tout cela éveillera ses soupçons. Et son intérêt voudra rester exclusif. Presque toujours donc le premier créancier s'opposera à ce que son gage soit affecté à un second créancier, alors même que ce dernier reconnaîtrait son antériorité. Néanmoins, la chose n'est pas impossible; et si elle se présentait en fait, je ne pense pas qu'on fût fondé à l'infirmer par des raisons de droit tirées du caractère exclusif que doit avoir la possession. Sans doute, quand la possession est invoquée comme manifestation du droit de propriété, elle ne peut pas plus appartenir à deux personnes à la fois que la propriété elle-même. Mais quand la possession n'est invoquée qu'à titre de garde d'une chose, on ne voit pas pourquoi deux personnes ne pourraient pas être constituées gardiennes à la fois de cette même chose, dans un intérêt distinct, et avec convention d'être subordonnées l'une à l'autre.

318. Du reste, je ne sache pas que la question se soit jamais présentée, en fait, dans ces termes; mais on l'a vue surgir dans la deuxième hypothèse, c'est-à-dire dans celle où le débiteur, usant d'une fraude coupable, avait donné à deux créanciers trompés par lui la même chose en gage, et les avait investis de la possession par de doubles clefs. La cour d'Aix, saisie de cette affaire, donna la préférence au créancier premier saisi en vertu de son contrat par la remise d'un exemplaire des clefs; mais, une fois ce créancier payé, elle ne considéra pas moins comme privilégié sur la rémanence l'autre créancier, qui, lui aussi, avait un titre et un second exemplaire des clefs. En vain les syndics de la faillite du débiteur soutinrent qu'il n'avait pas de gage valable. La cour royale d'Aix décida, par arrêt du 21 février 1840, que son gage devait tenir [1]. Cette décision me paraît bonne; elle est conforme à la bonne foi et d'accord avec les principes.

319. Il n'y a pas d'acte sacramentel pour mettre la chose à la disposition du gagiste dans un magasin ou dans un dépôt public. Ce n'est que lorsque la marchandise voyage que le seul moyen de saisir le gagiste est la lettre de voiture et le connaissement [2]. Quand elle ne voyage pas, et que par conséquent il n'y a pas possibilité de transmettre une lettre de voiture ou un connaissement, la libre disposition de la chose se communique par tous actes quelconques ayant la vertu de saisir le gagiste en dessaisissant le débiteur [3].

Nous avons parlé ci-dessus du transfert en douane [4]; disons un mot de la facture.

La remise d'une facture, énonçant les effets consignés avec pouvoir de s'en saisir, met évidemment la chose à la disposition du gagiste [5]. Un marchand d'Honfleur a des marchandises à Paris, et charge son commissionnaire, résidant dans cette capitale, de les vendre pour se rembourser d'une avance de 20,000 francs par lui faite. L'envoi de la facture saisira le commissionnaire parisien; elle mettra la marchandise à sa disposition. Une simple facture, qui peut transmettre la propriété [6], peut, à plus forte raison, transmettre la possession [7]. Valin atteste que tel est l'usage constant du commerce [8]. Il est favorable à la rapidité des opérations; il met hors d'atteinte des conventions faites de bonne foi.

320. Et quand la facture est créée à ordre, elle est transmissible par la voie de l'endossement [9]. Elle saisit, par ce moyen, de la marchandise qu'elle représente; car elle la met à la disposition du gagiste.

321. Occupons-nous maintenant du cas où l'on donne en gage une marchandise que l'on expédie de place en place, ou une marchandise déjà en cours de voyage. Si on eût exigé une détention manuelle (impraticable ici), on aurait paralysé des opérations qui contribuent à l'activité du commerce et à l'extension du crédit. La tradition corporelle a donc été repoussée; l'usage a consacré la saisine de la chose par la remise du connaissement ou de la lettre de voiture [10], titres qui non-seulement représentent la chose absente, mais qui de plus ont l'efficacité de la mettre à la disposition du gagiste à qui ils sont remis.

Le connaissement est le titre en usage pour les expéditions maritimes; la lettre de voiture, pour les expéditions terrestres ou fluviales.

322. Le connaissement, ou police de chargement [11], est une reconnaissance que donne le capitaine des marchandises chargées dans le navire [12]. L'effet de ce titre est d'obliger le capitaine de livrer la marchandise telle qu'il l'a reçue, sauf fortune de mer [13]. Il n'est pas de son essence d'y désigner nommément la personne du consignataire; si le connaissement est quelquefois à personne désignée, il est aussi souvent créé soit au porteur, soit à l'ordre d'un tel, soit à un tel et qui pour lui sera [14].

323. Le porteur du connaissement a droit

[1] Dall., 40, 2. 128, 129.
[2] Art. 93, Code de commerce.
[3] Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 411.
[4] N° 298.
[5] *Id.*
[6] Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 232.
[7] *Id.*, t. 2, n° 411.
[8] T. 1, p. 606.
[9] Valin, *loc. cit.*
[10] *Id.*

[11] *Apocha oneratoria* (Casaregis, disc. 1, n° 111; disc. 10, n° 25, etc.).
[12] Pothier, charte-partie, n° 16. Émérigon, *Assurances*, t. 1, p. 310. Ordonnance de la marine, liv. 3, tit. 2, art. 1.
[13] Valin, sur l'art. 2 du tit. 2, liv. 3, de ladite ordonnance. Émerigon, *Des assurances*, t. 1, p. 316 et 317.
[14] Émerigon, *loc. cit.* Art. 281, C. de comm.

d'exiger que les marchandises lui soient délivrées, sans qu'il soit permis d'élever contre lui la question de propriété. Lui seul est consignataire légal [1]. C'est ce qu'établit à merveille Casaregis [2].

Et c'est parce que le connaissement lui donne le droit exclusif de recevoir les marchandises, c'est parce que le connaissement est la seule pièce en vertu de laquelle la marchandise puisse être délivrée, que la loi considère la possession du connaissement comme une saisine de la chose.

324. Ce principe n'est pas nouveau dans le droit commercial; et l'on ne saurait trop s'étonner de l'opinion de ceux qui ont écrit qu'on en doit l'introduction au Code de commerce. Il n'y a qu'à lire Casaregis et Valin [3] pour être convaincu que le commerce a toujours vécu sur cette idée; elle est fondamentale et innée dans le mouvement de ses intérêts, et il ne faut attacher aucune importance à un arrêt de la cour de cassation du 3 brumaire an XII, qui semble décider le contraire [4]. La cour de cassation, n'ayant rien vu d'écrit à cet égard dans l'ordonnance du commerce, et se trouvant placée en présence d'un simple usage, au nom duquel on lui demandait une cassation, n'osa pas l'accorder sur la foi de ce simple usage. Il y a lieu, peut-être, de s'en étonner. Qui ne connaît la puissance des usages commerciaux, complément et équivalent de la loi? Quoi qu'il en soit, la portée de l'arrêt dont il s'agit est assez grave, sous ce rapport, pour qu'on ne l'étende pas au delà; et ce serait en exagérer la pensée que de lui faire dire que, dans l'ancien droit, le connaissement ne procurait pas la possession virtuelle de la marchandise. Le connaissement a toujours valu saisine; il a toujours mis la chose à la disposition du destinataire [5]. C'est ainsi que la possession des clefs du magasin fait que l'on possède réellement la marchandise déposée dans ce magasin [6]. En possédant les clefs, on possède la marchandise, non pas parce que les clefs représentent la marchandise et sont un symbole de la chose, mais parce que les clefs mettent la marchandise sous la main du possesseur, de telle sorte que lui seul peut en disposer et que nul autre ne le pourrait sans effraction. Tel est également le rôle que joue le connaissement. Il met la chose à la disposition du consignataire; il donne à lui seul le droit de la recevoir; il fait qu'il la détient sinon corporellement, au moins virtuellement [7]. Le commissionnaire est saisi de la chose par la remise du titre entre ses mains. Il en a la possession dans le sens de la loi [8].

325. A ce propos, nous reprocherons à Émerigon une erreur dans laquelle il est étonnant qu'un esprit aussi judicieux que le sien soit tombé. Il prétend que la transmission du connaissement, soit par la voie de l'endossement, soit par la remise manuelle quand le titre est au porteur, n'opère cependant qu'une tradition feinte, et que le détenteur du connaissement manque de la tradition réelle [9]. Quoique l'auteur mette cette proposition sous la protection des usages de Marseille, on ne saurait l'accepter. L'usage marseillais n'est rien moins que certain. Il eût été contraire à la jurisprudence commerciale attestée par Valin.

326. Et c'est maintenant qu'on peut voir combien cette distinction, jadis si populaire, entre la tradition feinte et la tradition réelle, est féconde en déceptions, et combien il était utile de la combattre, ainsi que nous l'avons fait dans notre commentaire de la *Vente* [10]. En effet, Émerigon, se fondant sur cette base fugitive, est conduit à soutenir que le porteur du connaissement, n'ayant qu'une tradition feinte, a besoin d'obtenir la tradition réelle pour être préférable aux droits des tiers; et, partant de là, il veut que le vendeur non payé passe avant le porteur du connaissement. Rien n'est plus faux que cette théorie. L'article 93 la condamne expressément. Elle l'avait déjà été par Valin [11]. Il est maintenant reçu en jurisprudence que le commissionnaire, porteur du connaissement, a la tradition réelle.

327. Supposons, par exemple, que le vendeur des marchandises non payées les expédie à Pierre, commissionnaire de l'acheteur, et qu'il lui en envoie les connaissements. Il est certain que le vendeur ne pourra exercer la revendication (nous supposons qu'il est dans les conditions requises par la loi pour l'exercer) qu'en remboursant Pierre de ses avances. Pierre est saisi du gage; il n'y a que lui qui ait le droit de retirer la marchandise, et nul n'a le droit de soulever contre lui des questions de propriété [12].

328. Ces vérités sont évidentes, quelles que soient les formes du connaissement. Qu'il soit à personne désignée, qu'il soit au porteur, qu'il soit à ordre, il n'importe. Le gagiste est saisi dans le sens de l'article 93 du Code de com-

[1] Émerigon, *loc. cit.*, p. 316 et 317.
[2] Disc. 25, n° 7, 8, 9, 10, 11. *Infrà*, n° 325.
[3] T. 1, p. 606 et 607.
[4] *Pasicrisie*, à cette date.
[5] Si Émerigon enseigne quelque chose de contraire, comme on le verra au numéro suivant, ce n'est qu'au point de vue des usages de Marseille.
[6] Mon comm. de la *Vente*, t. 1, n° 275.
[7] Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 409.
[8] Art. 93, C. de comm.
[9] P. 319.
[10] T. 1, n° 273 et suiv. *Suprà*, n° 290.
[11] Sur le tit. 10, art. 3, de l'ordonnance de la marine.
[12] Gênes, 12 juill. 1813. Rouen, 18 juillet 1827. Douai, 2 avril 1828. Cass., 8 juin 1829; *Pasicrisie*, à ces dates; et 1er décembre 1840 (Devill., 41, 1, 161).

merce. Il prime par conséquent le vendeur, des magasins duquel la marchandise, objet des avances de ce gagiste, est sortie. Il y a mille exemples de cet état de choses. Nous nous contenterons de citer un arrêt de la cour de Rouen du 29 novembre 1838, que nous avons discuté ailleurs à un autre point de vue [1]; il est rendu dans une espèce où le connaissement était à ordre.

329. Quand même ce serait pendant le voyage que le connaissement aurait été passé à l'ordre du commissionnaire, et que la marchandise chargée serait devenue son gage, le privilége n'en existerait pas moins contre le vendeur. En effet, il est de principe et d'usage commercial que la marchandise en voyage peut être vendue, et que la délivrance s'en opère suffisamment par l'endossement du connaissement [2]. La raison de cet usage est évidente. Pendant une longue navigation maritime, la marchandise ne doit pas cesser d'être vénale; sans quoi ce serait retirer du mouvement commercial des valeurs importantes. C'est ce que Valin a très-bien établi en invoquant l'usage, la jurisprudence et la raison. Or, si elle peut être vendue, elle peut être donnée en nantissement et servir de gage à d'utiles opérations. Le commissionnaire qui l'a à sa disposition par le moyen du connaissement prime donc le vendeur. L'article 93 du Code de commerce ne distingue pas si la marchandise était ou non en route quand l'endossement a eu lieu [3]. Il suffit que la négociation soit exempte de fraude et que le gagiste montre, par le connaissement, que la marchandise est à sa disposition [4].

330. Mais *quid juris* si l'endossement du connaissement était irrégulier, par exemple s'il n'énonçait pas la valeur fournie? devrait-on dire, dans ce cas, qu'il n'opère pas de saisine suffisante?

L'affirmative a été jugée par la cour de cassation le 1er mars 1843 [5]. Il faut en connaître l'espèce.

Müller, du Havre, vend à Chevalier et Cie, de Paris, 49 barriques de sucre brut. Le 10 mai 1846, il les expédie par le navire *le Saint-Jacques*, à la destination de Dunkerque; en même temps il adresse un connaissement à ordre à Chevalier et Cie. Le 14 du même mois, Chevalier et Cie passent ce connaissement à l'ordre de Tissot et Prévost, commissionnaires à Lille; l'endossement n'énonce pas la valeur fournie. Tissot et Prévost s'empressent de transmettre le connaissement à leur mandataire à Dunkerque pour réclamer les sucres.

Dans l'intervalle, Chevalier et Cie font faillite. Müller, vendeur non payé de ces sucres, fait défense au capitaine du *Saint-Jacques* de les livrer aux acheteurs ou à leur mandataire. A l'opposition du représentant de Tissot et Prévost, il répond : L'endossement n'énonce pas les valeurs fournies; il n'est pas translatif; Chevalier et Cie n'étaient pas dessaisis. Le droit de revendication reste entier.

Jugement du tribunal de commerce de Dunkerque qui, adoptant ce système, décide que l'endos irrégulier n'a fait que donner un mandat pour recevoir la marchandise, mandat insuffisant pour saisir le commissionnaire.

Mais, sur l'appel, cette décision fut infirmée par arrêt de la cour de Douai du 11 avril 1838. Voici le motif dominant de cet arrêt : « De ce » que l'endos du connaissement ne porte pas » l'indication de la valeur fournie, on ne peut » en conclure que sa remise n'ait opéré qu'un » mandat révocable. Il ne faut pas argumen» ter ici de ce qui a lieu dans le contrat » de change. Quand il s'agit d'une lettre de » change, il y a vente de droits, et par consé» quent nécessité d'une valeur à fournir en » échange et d'une mention de cette valeur. » Mais, dans les affaires de commission, il n'y » a ni vente de droits, ni nécessité d'une valeur » à fournir en échange et d'une mention de » cette valeur. L'usage et la position des par» ties expliquent ce point. »

Müller s'est pourvu en cassation. Le privilége du commissionnaire, disait-il, n'est que la conséquence d'un nantissement réel ou symbolique; il résulte de la possession du connaissement. Mais il faut que cette possession soit régulière, et non précaire et imparfaite. Or, pour que l'endossement soit régulier, il faut qu'il énonce la valeur fournie. Il en est du connaissement, en pareil cas, comme de tout autre effet de commerce. Si on n'énonçait pas la valeur fournie, on ne constaterait pas, à l'égard des tiers, la légitimité de la cause qui a motivé la négociation. Endosser un connaissement au profit de quelque personne que ce soit, c'est se dessaisir en sa faveur d'un droit de propriété, du droit de recevoir la marchandise, du droit d'en disposer. Dès lors, il faut une valeur fournie en échange par le bénéficiaire.

Sur ces raisons, l'arrêt de Douai a été cassé. Les articles 137 et 138 du Code de commerce veulent que lorsque l'endossement n'énonce pas la valeur fournie, il n'opère pas de transport et ne vaille que comme procuration. Cette règle s'applique à toutes les valeurs négociables, même au connaissement [6]. Dès lors, quel a été le rôle de Tissot et Prévost? Ils ont été les mandataires de Chevalier et Cie pour recevoir les marchandises; ils ne se sont

[1] Devill., 39, 2, 34, 35.

[2] Valin, sur le tit. 10, art. 3, de l'ordonnance de la marine, t. 1, p. 606, 607.

[3] Cass., req., 8 juin 1829; *Pasicrisie*, à cette date.

[4] Émérigon est d'opinion contraire, parce qu'à Marseille, dit-il, *le connaissement n'a jamais été considéré comme papier négociable*, t. 1, p. 319.

[5] Devill., 43, 1, 186; Dall., 43, 1, 185.

[6] Voy. Boulay Paty, t. 2, p. 314.

pas présentés de leur chef, comme commissionnaires nantis.

La cause a été renvoyée à Amiens, et là elle a reçu une solution conforme à l'arrêt de cassation (1).

331. Mais la cour de Douai n'en a pas moins persisté dans sa jurisprudence; et le 5 janvier 1844 elle a rendu un arrêt longuement et fortement motivé pour la soutenir.

Il faut noter toutefois une différence entre l'arrêt du 5 janvier 1844 et l'arrêt cassé par la chambre civile. Dans l'espèce de ce dernier arrêt, le conflit se trouvait entre le vendeur revendiquant et le commissionnaire. Au contraire, dans l'espèce de l'arrêt du 5 janvier 1844, le débat était entre le commissionnaire et les créanciers ordinaires du commettant. Mais, quoique cette nuance ne soit pas indifférente, je ne la regarde pas cependant comme fondamentale.

Le fait était que Cavrois de Dunkerque, faisait des avances d'argent à Lecomte, négociant à Lille, qui lui consignait des marchandises. Parmi les connaissements transmis à Cavrois, il y en avait un qui s'appliquait à 200 balles de café; Lecomte l'avait endossé à Cavrois sans exprimer de valeur fournie.

Lecomte ayant fait faillite, on pressent ce qui suivit cette situation.

Écoutons maintenant la cour de Douai : elle combat, en quelque sorte, pour sa propre jurisprudence. Il faut entendre ses raisons.

« Attendu, dit-elle, qu'il s'agit dans la cause, non d'une convention de vente ou cession, mais d'un contrat de mandat ou de commission; que par ce contrat Lecomte n'a transmis à Cavrois (commissionnaire) aucun droit de propriété sur les marchandises à lui expédiées; qu'il l'a seulement chargé de recevoir et de vendre pour son compte lesdites marchandises sur lesquelles il lui a demandé des avances; que, relativement à un tel contrat, il n'a été ni pu être question entre les parties ni de prix de vente, ni de valeur fournie en retour d'une chose qui ne passait pas dans le domaine du commissionnaire; attendu que l'endossement n'est autre chose qu'un écrit destiné à constater le contrat intervenu entre l'endosseur et le porteur; que si ce contrat est translatif de propriété (comme il arrive le plus souvent en fait de lettres de change et billets à ordre, et de contrats à la grosse, articles 136, 187, 313 du Code de commerce), l'endossement doit énoncer le prix de vente, c'est-à-dire la valeur fournie par le cessionnaire au cédant (art. 137); mais que, par la nature même des choses, il en est autrement si la propriété reste à l'endosseur et n'est pas transmise au porteur;

» Attendu que la transmission d'un connaissement par un commettant à son commissionnaire, dans le cas des articles 91 et suivants du Code de commerce (cet endossement n'étant qu'un mandat), ne doit pas, pour être valable, exprimer une valeur fournie; que la nature de la convention est même exclusive de la possibilité d'une telle mention; que l'expression d'une valeur fournie ferait dégénérer en un autre contrat la convention réellement intervenue entre les parties; que le commettant doit et peut même d'autant moins exprimer une telle valeur, que l'endossement a lieu le plus souvent hors la présence du commissionnaire, même à son insu, et à l'occasion d'un contrat qui ne reçoit sa perfection que postérieurement et par l'acceptation du commissionnaire.

332. La question traitée par ces arrêts est, au premier coup d'œil, assez délicate. Elle partage de bons esprits. L'arrêtiste de la cour de Douai défend avec vigueur la jurisprudence de sa cour; Devilleneuve prend parti pour celle de la cour de cassation, et c'est également ce que fait le recueil de Dalloz, mais avec moins de développement.

La controverse, en se serrant de près, a fini par restreindre ses proportions à un seul point, qui paraît décisif à Devilleneuve; le voici : Lorsque le consignataire n'a qu'un mandat pour recevoir la marchandise, et non pas un endossement régulier, l'endosseur peut révoquer ce mandat et se faire restituer le titre qu'il avait confié. Le mandataire n'est donc pas saisi; il ne l'est ni à l'égard du mandant, qui peut révoquer son mandat, ni, à plus forte raison, à l'égard des tiers. Le mandataire n'a pas de saisine; il n'y a pas eu de tradition.

333. Mais cet argument ne touche pas, ce me sembla, à la véritable raison de décider; il ne renferme pas le mot de l'énigme, si je puis ainsi parler; il a même des côtés faibles qui sont de nature à nuire à son succès.

Et, par exemple, il renferme une confusion que la cour de Douai s'est donné le plaisir de faire ressortir avec une inexorable logique. Comment! vous voulez un acte de transport (le mot est en toutes lettres dans l'arrêt de la cour de cassation), un acte de transport là où les parties n'ont pas voulu faire un transport! Il vous faut une cession en forme, tandis que les parties n'ont voulu constituer qu'un gage!

Pour quelle raison ne vous contentez-vous pas d'un mandat? Parce que, dites-vous, le mandant peut révoquer le mandat et faire évanouir le gage du commissionnaire, et que, dès lors, ce dernier n'a pas cette possession certaine et réelle qui est nécessaire pour caractériser la possession du gagiste.

Mais nous vous répondons que ce mandat est irrévocable; et il est irrévocable parce que le commissionnaire est *procurator in rem suam* (2), parce que le mandat à lui donné

(1) 29 juill. 1843 (Devill., 44, 2, 6 et 7).

(2) Mon comm. du *Mandat*, n° 718.

pour recevoir la marchandise est la condition d'un autre contrat irrévocable, dans lequel ce mandat figure comme accessoire. Le prêteur s'engage à fournir telle avance à condition que l'emprunteur lui consignera telle marchandise; l'emprunteur, qui ne l'a pas sous la main pour la livrer, donne à celui qui la détient l'ordre de s'en dessaisir au profit du prêteur. Cet ordre est l'exécution d'un contrat. Ce n'est pas un de ces mandats volontaires qu'on a été maître de donner et qu'on peut retirer à son gré; c'est l'accomplissement d'une obligation dont on ne peut se délier. Le mandat est aussi irrévocable que le contrat de prêt sur nantissement, dont il est l'un des éléments; il est irrévocable comme le mandat donné par l'acte de société à un associé; il fait partie des clauses du contrat primitif.

Cette argumentation n'est pas sans force; elle saisit à merveille le côté faible de l'objection de la cour de cassation et de Devilleneuve.

334. Je pense cependant que le système de la cour de cassation doit l'emporter.

Il importe peu que le mandat soit irrévocable à l'égard du mandant; il faut voir quelle est sa portée à l'égard des tiers. Or, il est évident que le mandat résultant de l'endos irrégulier est de ceux qui rendent le mandataire passible de toutes les exceptions qu'on pourrait opposer au mandant. Le vendeur non payé de la marchandise a donc pu dire à ce mandataire : « A mes yeux, vous représentez » l'acheteur; vous n'avez pas plus de droits que » lui; je pourrais revendiquer la marchandise » sur lui; je la revendique sur vous. »

Dans cet état de choses, il est impossible de dire que la marchandise est à la disposition du gagiste; il est si peu maître d'en disposer qu'un tiers peut s'interposer, y mettre arrêt et faire valoir un droit rival.

335. Et puis, ne perdons pas de vue la difficulté. En règle générale, le gagiste doit être saisi de la possession. S'il n'est pas absolument nécessaire que cette possession soit manuelle et corporelle, au moins faut-il une possession virtuelle, certaine et incontestée. Pourquoi le connaissement régulier donne-t-il cette possession? Parce qu'il investit le porteur de ce connaissement d'un droit qui, au respect des tiers, a toute la force du droit de propriété et lui donne la pleine disposition de la chose. Pourquoi la remise de la facture produit-elle un effet semblable [1]? Par la même raison. Celui qui est porteur de la facture est constitué, à l'égard des tiers, seul maître de la chose : il peut en disposer. Il en est de même alors que le connaissement est à personne dénommée ou à qui pour lui. Bien qu'entre les parties contractantes la remise du connaissement puisse n'être qu'un mandat, il n'en est pas moins vrai qu'à l'égard des tiers l'opération a la couleur apparente et l'énergie d'une transmission de propriété. Le caractère de mandataire n'est pas imprimé au porteur; c'est plutôt celui de propriétaire, et les tiers ne pourraient rechercher sa qualité de mandataire qu'en écartant le fait extérieur résultant de l'acte; ce qui en cette matière n'est pas permis [2]. Le commerce a des nécessités qui lui sont propres. Il exige que les qualités apparentes soient respectées; en cela repose une partie du crédit commercial. L'important est qu'il n'y ait pas de fraude. Or, comme celui qui se présente avec un titre de propriété a la disposition de la chose, il s'ensuit qu'il en est saisi à l'égard de tous, à l'égard du débiteur qui l'a voulu, et à l'égard des tiers qui n'ont pas de suite et qui ne peuvent empêcher que la marchandise ne soit remise, à l'arrivée, au porteur sans élever la question de propriété. Nous avons vu ci-dessus [3] qu'il n'est pas permis de susciter des débats sur propriété contre le porteur du connaissement.

336. Mais si, à la place de celui qui a un titre de cette nature, vous placez un mandataire pur et simple, il en est tout autrement. Vous ne pouvez pas dire que ce simple mandataire a la disposition de la chose. Vous ne pouvez pas dire qu'on ne peut élever contre lui la question de propriété et toutes autres résultant *ex persona mandantis*. Sa qualité de mandataire pur et simple le soumet à toutes les exceptions dont le porteur d'un connaissement en règle est affranchi.

337. Quand le connaissement est à personne désignée, il n'appartient pas à celle-ci de le rendre, de son chef, négociable par la voie de l'endos. Le créateur du connaissement ne l'ayant pas créé négociable *ab initio*, il n'est pas permis au destinataire, spécifiquement désigné, de le rendre tel par sa seule volonté; ce serait transformer le contrat, ce serait en changer la nature. En pareil cas, il faudra donc décider qu'un endossement, quel qu'il soit, ne vaut que comme simple mandat et que le porteur est passible de toutes les exceptions du mandant. C'est, du reste, ce qui a été jugé par arrêt de la cour de cassation du 28 juin 1826, rapporté ci-dessus [4].

338. On comprend l'équité de cette jurisprudence. Je vous vends des vins de Bordeaux et je vous les expédie avec un connaissement à personne désignée. Pour quelle raison ai-je préféré le connaissement adressé à personne désignée au connaissement à ordre ou au porteur? parce que je n'ai pas voulu que vous pus-

[1] *Suprà*, n° 309.
[2] Casaregis, *disc.* 25, n°s 7, 8, 9, 10, 11. *Suprà*, n° 313.
[3] N° 313.

[4] N° 252. Voy. *infrà*, n° 341, arrêt de la cour de cassation du 12 janvier 1847 (Dall., 47, 1, 59, 60), en matière de lettre de voiture.

siez disposer de la chose pendant qu'elle était en route; parce que je n'ai pas voulu que les vins non payés par vous fussent, à l'aide de mon connaissement, une matière à transaction avant leur arrivée; parce que, par cette précaution, j'ai voulu me réserver le droit de les revendiquer sur vous tant qu'ils sont en route [1]. Or, vous, de votre chef, êtes-vous maître de m'enlever cette garantie et d'introduire dans le connaissement une forme que j'ai repoussée? Non! vous ne le pouvez pas; et si vous le faites, votre cessionnaire, qui a vu que le connaissement n'était pas à ordre, a à s'imputer à lui-même d'avoir accepté comme efficace un endos qui, dans l'espèce, n'a de valeur que comme mandat pur et simple. C'est beaucoup que la coutume commerciale ait autorisé le connaissement à ordre; il a fallu vaincre pour cela d'imposants préjugés [2]. Mais il serait injuste de faire violence à l'intention des parties, et de donner à l'acte une vertu contraire à la volonté de celui qui en a été l'auteur.

339. Le connaissement est le titre particulièrement employé dans les expéditions maritimes. En ce qui concerne les expéditions terrestres ou fluviales, on se sert de la lettre de voiture. Les formes de la lettre de voiture sont déterminées par le Code de commerce, article 102. La lettre de voiture saisit le destinataire au même titre que le connaissement. Ce que nous avons dit du connaissement s'applique ici par identité de raison.

340. Le Code de commerce ne dit pas si la lettre de voiture peut être faite à ordre. Mais dans beaucoup de places l'usage s'est introduit de créer des lettres de voiture à ordre et de les transmettre par simple endossement. Le commerce est en général fort enclin à ces transmissions rapides; et c'est en se pénétrant de son esprit que Valin, voulant défendre la négociation, par voie d'ordre, du connaissement (négociation dont quelques juristes contestaient la légitimité [3]), disait : ***Toute reconnaissance d'une facture de marchandise est réputée à ordre de sa nature*** [4]. Les commerçants ont donc essayé de donner à la lettre de voiture les libres allures du connaissement. Car, bien qu'ordinairement les expéditions qui se font sous lettres de voiture soient de moins longue durée que celles qui se font par mer, néanmoins il y a des cas où la marchandise est exposée à rester très-longtemps en route, soit par suite d'inondation, de glaces, de rupture de canaux, etc., etc.; on a vu quelquefois des vins rester trois et quatre mois pour aller de Bourgogne à Bercy [5].

La jurisprudence autorise cet usage utile au commerce et qui donne au crédit un aliment précieux [6]. Tous les jurisconsultes versés dans le droit commercial l'approuveront.

341. Mais ici revient la difficulté que nous examinions au n° 337. Quand la lettre de voiture n'a pas été créée à ordre, elle ne peut être régulièrement négociée par la voie de l'endos. L'endos, en ce cas, ne confère qu'un mandat duquel ne sort pas le privilége consacré par l'article 95 du Code de commerce.

C'est ce qu'a très-bien jugé la cour de cassation par arrêt du 12 janvier 1847 [7].

342. Au surplus, les formes de la lettre de voiture ne sont pas sacramentelles; j'ai vu des exemples de chargements faits à des voituriers de terre et de rivière, qui ressemblaient plus à des connaissements qu'à des lettres de voiture. Il n'y a pas de raison qui empêche d'adapter le connaissement aux transports par terre ou par eau. Le commissionnaire porteur d'un tel titre serait valablement saisi.

343. C'est ce qui a été jugé par arrêt de la cour de cassation du 31 juillet 1846 [8]. Dans l'espèce, Voog, raffineur de Valenciennes, avait expédié des sucres à Gaillard et Cie, de Paris, qui lui avaient fait des avances sur ces sucres. L'expédition n'était pas constatée par des lettres de voiture proprement dites, mais elle résultait de bulletins de chargement délivrés par le voiturier à Voog, et que Voog avait remis à Gaillard et Cie. Pendant que les sucres étaient en route, Voog fit faillite. Ses syndics contestèrent le privilége du commissionnaire par la raison qu'il ne représentait pas une lettre de voiture. Mais la cour royale de Douai, par arrêt du 4 juin 1841, se prononça en faveur du commissionnaire, et son arrêt a été maintenu par arrêt de la chambre civile de la cour de cassation qui a rejeté le pourvoi.

Toutes les conditions exigées par l'art. 102 du Code de commerce étaient indiquées dans les pièces dont Gaillard et Cie étaient porteurs; cela parut suffisant à la cour de cassation comme à la cour de Douai.

344. Quand le destinataire n'a pas été nanti d'un connaissement ou d'une lettre de voiture qui lui donne la disposition de la marchandise, il n'en est saisi qu'autant qu'elle arrive à sa disposition dans ses magasins ou dans un dépôt public.

345. Le gagiste est même censé posséder la marchandise si, bien que n'étant pas entrée dans ses propres magasins, elle est entrée dans les magasins d'un tiers [9], ou chargée à

[1] *Infrà*, n° 367.
[2] *Suprà*, n° 329, et la note. On se rappelle ce qu'Émerigon dit de l'usage de Marseille.
[3] Entre autres Émerigon.
[4] T. 1, p. 607.
[5] Voy. l'espèce d'un arrêt de Dijon du 10 avril 1843 (Dall., 44, 2, 69).
[6] Cass., 12 janv. 1847 (Dall., 47, 1, 59 et 60).
[7] Devill., 47, 1, 110, 111. Dall., 47, 1, 59 et 60.
[8] Dall., 47, 1, 59, 60.
[9] E. Persil, *Des commissionnaires*, sur l'art. 95 du Code de comm., n° 15. Delamarre et Lepoitevin,

un voiturier [1] qui l'a reçue au nom et pour le compte du commissionnaire.

Lima, demeurant au Brésil, avait commandé à Odiot, orfèvre à Paris, un service d'argenterie du prix de 30,000 fr.; l'expédition devait se faire par Ferreira Alvez, commissionnaire au Havre. Odiot lui expédia les caisses le 6 août 1830.

Pour payer les 30,000 fr. et pourvoir à d'autres besoins, Lima s'était fait ouvrir un crédit de 50,000 fr. par la maison Robertson de Londres. Mais, afin de donner couverture à Robertson pour ses avances, il fut convenu qu'Alvez recevrait les caisses pour le compte de la maison Robertson de Londres; qu'elles seraient ensuite expédiées pour le Brésil, toujours au compte de la maison Robertson et sous connaissements passés à l'ordre de ladite maison ou de ses représentants à Bahia (Brésil). En fait, il était constant qu'Odiot avait connu ces arrangements avant d'expédier les marchandises. Alvez l'en avait informé. Il était constant, en outre, qu'aussitôt après la réception des caisses au Havre, la maison Robertson se considérant comme nantie, fit une avance de 20,100 fr. qui fut touchée par Odiot.

Cependant, arrivée au Havre, la marchandise fut frappée de nombreuses oppositions des créanciers de Lima; elle ne put partir pour le Brésil.

Alors Robertson fit condamner Lima par le tribunal du Havre à lui rembourser ses avances, sinon il se fit autoriser à vendre l'argenterie pour se payer par privilége.

Odiot intervint; il réclama son privilége de vendeur, et soutint que la maison Robertson n'avait rien à demander à son préjudice, puisque la marchandise n'était pas dans ses magasins, mais dans ceux d'un tiers.

Mais la maison de Robertson détenait la marchandise, puisqu'elle était entre les mains de son agent au Havre qui l'avait reçue pour elle et qui devait en faire l'expédition à son compte. Alvez ne représentait pas Lima; il était le mandataire de la maison Robertson. Les objets n'étaient pas en la possession de Lima; ils étaient en la possession de la maison Robertson. Celle-ci avait donc le privilége de commissionnaire fondé sur le nantissement. C'est ce qui fut jugé successivement par le tribunal de commerce du Havre, par la cour royale de Rouen et par arrêt de rejet de la chambre civile de la cour de cassation du 1er septembre 1840 [2].

346. Il aurait pu en être autrement si Odiot avait ignoré la qualité d'Alvez, et s'il était resté dans l'opinion que ledit Alvez n'était que le représentant de Lima. Chargé, en effet, par la commande de confectionner la marchandise et de la remettre à Alvez, il aurait justement pensé que celui-ci, commissionnaire indiqué par Lima, possédait pour lui Lima; et il n'aurait pas été sans raisons pour soutenir que la possession de la maison Robertson n'avait pas cette certitude, cette évidence, ce caractère exclusif qui est nécessaire pour fonder le privilége du gagiste. Mais les faits de la cause écartaient toutes ces objections.

347. Si le gage est stipulé, mais non livré, et que le débiteur tombe en faillite, la tradition est tardive dans ce moment critique, où il y a dessaisissement de tout son actif au profit de ses créanciers [3].

Supposons que Primus écrive à Secundus: « Acceptez mes traites; je vais vous envoyer le connaissement à ordre d'un chargement que je fais partir de Bordeaux et qui va aller dans votre port, à Nantes. Vous vous payerez sur les marchandises. » Si Primus tombe en faillite avant d'avoir fait partir le connaissement, et qu'il ne l'adresse à Secundus que lorsque sa faillite est un fait accompli, les syndics auront le droit de réclamer ce connaissement [4].

348. Il en serait autrement si le connaissement avait été envoyé avant la faillite, lors même qu'il ne serait arrivé entre les mains du destinataire qu'après cet événement. C'est en ce sens que j'interprète un arrêt de la cour de Rennes du 12 juin 1840, rapporté par Delamarre et Lepoitevin [5]. Je ne puis croire que la cour royale eût validé l'expédition dans un cas où l'envoi du connaissement était contemporain de la faillite. La faillite dessaisit le débiteur; le connaissement est la propriété de la masse dès le jour de la faillite, et il y a saisie-arrêt sur tout l'actif. Le failli n'a pu en disposer.

349. Il en est de même si le gage est livré dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. L'article 446 du Code de commerce conduit à ce résultat. Il annule les nantissements constitués dans les dix jours qui précèdent la faillite; or, c'est par la tradition que le gage arrive à être constitué; c'est la tradition qui le rend parfait et le complète [6].

La question a cependant fait du doute à l'égard des significations de transports; on a même décidé que la signification destinée à saisir le créancier est valable si elle est faite dans les dix jours qui précèdent la faillite, pourvu qu'elle ait eu lieu avant le jugement déclaratif de la faillite. Nous renvoyons à ce que

t. 2, n° 409. *Suprà*, n° 294. Gênes, 12 juillet 1813; *Pasicrisie*, à cette date.

[1] Cass., 7 juin 1825; *Pasicrisie*, à cette date. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 407.

[2] Devill., 41, 1, 162.

[3] Voy. *suprà*, n°s 257, 258, 270.

[4] *Suprà*, n°s 257, 258.

[5] T. 2, n° 410.

[6] Voy. le texte de notre art. 2076.

nous avons dit ci-dessus de cette question [1].

350. Il ne suffit pas que le gagiste ait été investi de la possession de la chose; il faut encore qu'il continue à la posséder. C'est une autre condition précise de notre article. S'il avait perdu la possession, il perdrait son privilége. Il serait désarmé, à l'égard des tiers, du principe qui fait la force de son droit. Il est censé y avoir renoncé [2], et cette renonciation tacite est excellente, quand même l'événement prouverait que le créancier s'est trompé sur la solvabilité du débiteur lorsqu'il a consenti à se dessaisir [3].

En effet, comment pourrait-il retenir la chose, s'il ne l'a plus sous sa main? Comment pourrait-il exercer son privilége, lequel, par l'article 2076, est attaché à la possession?

Il est donc incontestable que le commissionnaire n'a privilége sur la chose qui fait son gage que lorsqu'il la détient dans ses magasins ou qu'il la possède par son mandataire; il est donc certain qu'il perd ce privilége lorsque la marchandise sortie de ses mains, et après avoir voyagé en destination pour le débiteur, est entrée dans les magasins du commettant; ou bien quand il y a eu livraison de cette marchandise au commettant ou à ses représentants.

351. Mais si la marchandise, quoique mise en route, n'a pas été livrée au commettant, par l'effet d'une prévision prudente du commissionnaire; si, à l'arrivée de cette marchandise, le mandataire du commissionnaire a ordre de la détenir jusqu'au payement, le commissionnaire ne sera pas dessaisi. Son privilége pourra s'exercer. Rien n'est encore plus évident. C'est à ce point de vue qu'a été rendu un arrêt de la chambre des requêtes du 18 avril 1843 [4].

Vendriès et Tosar, de la Havane, avaient, par commission de Mérentié, de Marseille, acheté des sucres; ces sucres furent expédiés sur quatre navires. Il est à remarquer que les connaissements étaient à l'ordre de Vendriès et Tosar, et que l'envoi ne désignait aucun autre consignataire.

A l'arrivée à Marseille, Mérentié était en faillite. Rabaud et Cie, mandataires de Vendriès et Tosar et porteurs des connaissements, demandèrent que, faute par la faillite d'acquitter le prix des sucres, la marchandise fût vendue, pour le prix en provenant être employé à payer par privilége les commissionnaires.

Ils étaient fondés à l'obtenir. Vendriès et Tosar ne s'étaient pas dessaisis; ils avaient eu la précaution de faire faire les connaissements à leur ordre et sans désignation de consignataire. Qu'importe que la marchandise eût quitté la Havane pour voyager jusqu'à Marseille, si elle n'avait pas cessé un instant d'être dans la main de Vendriès et Tosar? et comment douter de la persistance de la possession de ceux-ci, puisque les connaissements étaient à leur ordre et que la marchandise ne pouvait être remise à Marseille qu'à eux ou à leur mandataire?

C'est ce qui fut successivement jugé par le tribunal de commerce de Marseille et par arrêt de la cour d'Aix du 29 juin 1842, et finalement par l'arrêt précité de la cour de cassation.

352. Mais toutes les espèces ne se présentent pas dans des conditions aussi évidentes et avec des précautions aussi bien prises. Alors surgissent de graves difficultés! La marchandise peut n'être pas encore entrée dans les magasins du destinataire, et cependant avoir été expédiée sans que l'expéditeur ait fait faire les connaissements à son ordre, ou sans qu'il ait gardé les lettres de voiture. Dans ce cas, il y a dépossession du gagiste; la marchandise est censée livrée [5]. Sans doute, s'il s'agissait d'un vendeur et d'un acheteur, une telle tradition ne serait pas de celles qui excluent la revendication [6]. Mais, remarquons-le! la revendication du vendeur est fondée sur la propriété [7], et le droit du gagiste est fondé sur la possession [8]. Il ne faut donc pas argumenter de la vente au gage. Les faits de dépossession qui font obstacle au privilége du gagiste peuvent n'être pas suffisants pour faire obstacle à la revendication du vendeur. On se tromperait donc si, pour juger de la dépossession du gagiste, on exigeait que la tradition fût portée au degré où les art. 576 et 577 du nouveau Code de commerce exigent qu'elle soit poussée pour enlever au vendeur la revendication.

Ainsi, le commissionnaire qui aura expédié la marchandise sans la précaution dont nous parlions relativement au connaissement ou à la lettre de voiture perdra son privilége; en perdant la possession, il se sera réduit à l'état de créancier chirographaire.

353. Cette proposition ne me paraît pas avoir été contestée, en thèse générale, par la jurisprudence. On admet qu'alors le commissionnaire est dessaisi et qu'il n'a pas de privilége de gagiste à réclamer.

Mais il y a un cas particulier où un biais a été imaginé pour tourner ces principes. Il faut en instruire le lecteur.

354. Certains commissionnaires existent, qui sont préposés à l'achat des marchandises. Or, quand un commissionnaire de cette espèce achète la chose en son nom, mais pour son commettant, et qu'il la paye de ses deniers, on

[1] Voy. *suprà*, nos 274, 275, 276.
[2] Arg. de ce que dit Ulpien, l. 9, § 3, D., *de pignerat.*
[3] *Licet in hoc deceptus sit*, Ulp., *loc. cit.*
[4] Devill., 43, 1, 527.
[5] Mon comm. de la *Vente*, t. 1, no 281.
[6] Art. 576 et 577 du nouveau Code de comm. *Infrà*, no 367.
[7] Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, no 187 *bis*.
[8] *Suprà*, no 97.

s'est avisé de le considérer comme une sorte de vendeur à l'égard de son commettant, comme *un vendeur fictif*. On a dit : En achetant et en payant, puis en livrant la marchandise au commettant, c'est comme s'il en était le vendeur à l'égard de ce dernier. Et, partant de là, on a élevé la prétention de lui attribuer, non pas le privilége du gagiste, mais le droit bien plus exorbitant de revendiquer la marchandise, comme s'il était vendeur.

355. C'était une grande hardiesse; elle a fait reculer de bons esprits. Et toutefois ceux qui s'en sont effrayés se sont jetés dans une hardiesse non moins grande. Ils ont dit : Que le commissionnaire ne soit pas un vendeur, qu'il ne soit pas un vendeur fictif, nous l'admettons. Mais, du moins, on ne peut nier que le commissionnaire pour compte, en achetant la marchandise, ne se soit obligé pour lui et pour son commettant; dès lors, il a un intérêt à payer le vendeur, et par là il s'est subrogé aux droits de celui-ci d'après l'article 1251 du Code civil; donc, la revendication qu'aurait eue le vendeur, il peut l'exercer comme subrogé à ses droits.

356. Voici dans quelle espèce ce système s'est produit pour la première fois avec la haute sanction de la cour suprême :

Les sieurs Calliano, négociants à Vienne (Autriche), achètent 30 balles de coton pour Saltzman, de Strasbourg. Ils font cet achat en leur nom personnel; ils payent le prix comptant de leurs propres deniers. Les Calliano expédient les marchandises à Saltzman avec la lettre de voiture, dans laquelle ils comprennent le prix de l'achat, les frais de passage, le droit de courtage et de commission.

Les balles de coton arrivent à Strasbourg; elles sont déposées à la douane sous balle et sous cordes. Elles n'en avaient pas encore été retirées lorsque Saltzman fit faillite.

Les Calliano formèrent une action en revendication. Ils prétendirent qu'ils devaient être considérés comme vendeurs à l'égard de Saltzman. Les syndics leur répondirent : Vous n'êtes pas vendeurs; vous êtes des mandataires qui avez fait une commission. L'agissement le prouve; la lettre de voiture dans laquelle vous réclamez votre commission le prouve encore plus.

Le tribunal de commerce accueillit la demande des Calliano. On ne pouvait pas dire cependant qu'ils fussent saisis; ils ne l'étaient pas. La marchandise n'était plus à leur disposition; elle était à la disposition de Saltzman.

La cour royale de Colmar fut frappée de cet état de choses; elle refusa le privilége et la revendication.

On se pourvut en cassation, et là on plaida, soit que les Calliano étaient des vendeurs fictifs, soit, subsidiairement, qu'ils étaient subrogés au vendeur.

357. Le point de vue principal, tiré d'une vente fictive, ne produisit pas d'impression sur la cour de cassation; mais le point de vue subsidiaire parut victorieux. Les Calliano ont fait l'achat des balles de coton en leur nom personnel; ils les ont payées de leurs deniers, quoique pour compte de Saltzman. Sans doute, ils ne sont pas vendeurs : la cour royale l'a décidé en fait, d'après la correspondance et les circonstances de la cause; mais, du moins, la cour royale n'a pu s'empêcher de reconnaître qu'en faisant cet achat, les Calliano s'étaient engagés pour et avec Saltzman. Dès lors, ils avaient intérêt d'acquitter le prix de la vente, et en l'acquittant ils ont été subrogés de plein droit au lieu et place des vendeurs, conformément à l'article 1251, nº 3, du Code civil. C'est sur ce raisonnement qu'est fondé l'arrêt de la chambre civile de la cour de cassation du 14 novembre 1810, qui casse l'arrêt de Colmar [1].

358. Ce système a fait fortune. Il a prévalu dans la jurisprudence [2] et dans les auteurs [3]. On a dit et répété que le commissionnaire acheteur pour compte est subrogé aux droits du vendeur. On en est même revenu à dire qu'il est un *vendeur fictif* [4]. Mais, en ce qui concerne cette dernière proposition, nous devons répéter que, bien qu'elle fût un des appuis de la défense des sieurs Calliano devant la cour de cassation, la chambre civile ne s'est pas senti le courage d'aller jusque-là. Son arrêt est basé sur la subrogation; et s'il ne contient rien de plus, c'est que le système du *vendeur fictif* n'est pas soutenable. Et, en effet, qu'est-ce, en droit, qu'un vendeur fictif? Sur quel texte, sur quelle puissante raison juridique est fondée cette prétendue fiction? Est-ce que les Calliano étaient propriétaires de la marchandise? Est-ce qu'ils ne l'avaient pas achetée, non pour eux, mais par mandat de Saltzman et comme commissionnaires de ce dernier? Est-ce que, dès lors, ce n'était pas Saltzman qui en était propriétaire? Il est vrai que le prix de vente avait été payé des deniers des Calliano; mais depuis quand une telle circonstance change-t-elle les rôles? Depuis quand l'acheteur cesse-t-il d'être tel parce que le prix de vente a été payé avec un argent qui n'est pas le sien?

Il n'y a donc rien de sérieux dans le système du vendeur fictif.

---

[1] *Pasicrisie*, à cette date. Dall., vº *Commissionnaire*.

[2] Rouen, 4 janvier 1825 (Devill., 8, 2, 2). *Pasicrisie*, à cette date. Aix, 29 juin 1842 (Devill., 43, 1, 526). Rapport de Mesnard sur le pouvoir dirigé contre cet arrêt (Devill., *loc. cit.*).

[3] Merlin, *Répert.*, vº *Revendication*. Persil, *Rég. hypoth.*, sur l'art. 2102, nº 22. Pardessus, t. 2, nº 565. Dall., vº *Commissionnaire*.

[4] Arrêt d'Aix précité.

359. Celui de la subrogation est-il meilleur? Delamarre et Lepoitevin n'hésitent pas à se prononcer pour la négative [1], et je suis entièrement de leur avis. « L'application de l'article 1251 du Code civil, disent très-bien ces savants auteurs, ne peut jamais avoir lieu que le créancier n'ait au moins deux obligés. Cela est évident. Or, dans notre espèce, qui suppose un commissionnaire achetant en son propre nom, le vendeur n'a pour obligé que le seul commissionnaire, qui n'a engagé que lui seul. »

On sait, en effet, que lorsque le mandataire s'est obligé en son nom personnel, les tiers n'ont aucune action contre le mandant, de même que le mandant n'a pas d'action contre les tiers. J'ai établi ce point de la manière la plus incontestable dans mon commentaire du *Mandat* [2]. Les Calliano ayant traité en leur nom pour l'achat des balles, il est certain que le vendeur de ces balles n'avait aucune action contre Saltzman qui était pour eux une personne *penitus extranea*. La cour de cassation s'est donc trompée quand elle a dit que les Calliano s'étaient engagés pour et avec Saltzman. Ils n'avaient engagé qu'eux-mêmes à l'égard des vendeurs; n'ayant pas nommé Saltzman, ils ne l'avaient pas obligé au vendeur. Saltzman, mandant, était un tiers pour le vendeur, et c'était le cas de dire avec Casaregis : *Respectu habito ad tertium, mandans consideratur ut persona extranea* [3]. Il n'y a pas de doctrine plus fausse et plus contraire à tous les principes reçus en matière de commission que celle dont l'arrêt de la cour de cassation est ici l'écho.

360. Si cependant la cour de cassation n'avait établi cette communauté d'obligation que par suite des faits déclarés constants, je n'aurais rien à dire contre son assertion. La question de savoir si le mandant est entré dans le contrat passé entre le mandataire et les tiers est aussi une question de fait. Elle dépend des termes employés par le mandataire et de bien des circonstances [4]. Mais je crains bien que ce soit plutôt en droit qu'en fait que la cour de cassation s'est prononcée. Car toutes les notices portent que les Calliano avaient contracté en leur nom personnel, c'est-à-dire *simpliciter*, comme dit Casaregis. Or, en pareil cas, rien n'est plus contraire à la vérité que de croire que le mandant, resté inconnu, est obligé en quoi que ce soit à l'égard des tiers [5]. Et cependant l'article 1251, qui sert de pivot à l'arrêt de la cour de cassation, n'est applicable qu'autant qu'il y a deux obligés! Eh bien! on a beau faire, on a beau presser l'agissement, on n'en peut faire sortir qu'un seul obligé, à savoir, les Calliano.

L'arrêt du 16 novembre 1810 se trouve donc battu en brèche. Il est impossible qu'il se soutienne.

361. Maintenant, est-il vrai, ainsi que le veulent Delamarre et Lepoitevin, que la revendication du commissionnaire soit admissible, sinon par les raisons données par la cour de cassation, du moins par une autre raison, savoir, que la revendication commerciale reste placée, par l'article 2102 du Code civil, sous l'influence des lois et usages du commerce; qu'en fait, l'usage du commerce est de permettre au commissionnaire de saisir et revendiquer la marchandise en route; que cette revendication est sans doute *contra rationem juris*, mais qu'elle a été introduite *favore publici commercii*; que cet usage est antique, constant, universel, consacré par la jurisprudence, et que dès lors il doit être respecté? Delamarre et Lepoitevin aiment mieux cette invocation de la coutume commerciale que les faux principes du droit civil mis en œuvre par la cour de cassation; par là, suivant eux, on ne donne pas du moins la torture à des textes qui ne sont pas faits pour le cas en question.

362. Toutefois, je le dirai : j'ai de grands doutes sur l'existence de cette coutume commerciale.

D'abord, quand l'article 2102, n° 4, renvoie aux lois et usages du commerce sur la revendication, il n'a eu vue que la revendication exercée par le vendeur non payé. Il ne pense en aucune manière au commissionnaire; et c'est ce que déclare expressément l'article 550 du Code de commerce qui, citant l'art. 2102, n° 4, du Code civil, ne lui donne d'autre portée que celle qui s'arrête au vendeur d'effets mobiliers.

363. Le Code de commerce est venu pour régler, dans l'intérêt du négoce, la revendication que le droit civil a organisée pour les intérêts civils. Il a posé les conditions auxquelles le vendeur commerçant est soumis pour pouvoir revendiquer la chose par lui vendue et non payée [6]. Mais ce droit de revendication ne saurait être étendu sans arbitraire du vendeur au commissionnaire; car ce dernier n'a rien qui le mette sur la même ligne que le vendeur. La revendication est de droit étroit; elle est exorbitante; on ne saurait la prolonger d'un cas à un autre par voie d'analogie.

364. Cette vérité est d'autant plus manifeste que ce n'est qu'après de longs combats que le

---

[1] T. 2, n° 393.
[2] N°s 522, 535 et suiv.
[3] Disc. 76, n° 2.
[4] Mon comm. du *Mandat*, n° 536.
[5] Si l'on veut se faire une idée des subtilités dans lesquelles peut se perdre un bon esprit, il faut voir une note de Sirey tendant à établir que, dans l'affaire des Calliano, le vendeur pouvait avoir des droits à exercer contre Saltzman (Devill., 3, 1, 260, col. 3). Rien n'est plus curieux.
[6] Art. 576, 577.

droit de revendication au profit du vendeur a été maintenu dans les articles 576 et suiv. du C. de comm. Lors de la discussion de la nouvelle loi sur les faillites, la revendication trouva de nombreux adversaires, même parmi les négociants. On la signala comme ayant pour objet d'introduire l'inégalité entre les créanciers. M. Barthe, garde des sceaux, rappelait que de tout temps cette espèce de privilége avait excité les plus vives réclamations; que lorsque le Code de commerce avait été rédigé, de vives objections s'étaient produites; que, depuis, les vœux de la plupart des chambres et tribunaux de commerce ou des cours royales siégeant dans les villes de commerce ont été contre la revendication; que partout on a demandé l'abrogation absolue de ce droit, ou tout au moins sa grande modification. Pour ne citer qu'un seul exemple, M. Barthe rappelait ce jugement de la chambre de commerce et de la cour royale de Lyon sur le droit de revendication : « Source de difficultés, de fraudes, » d'injustices, les articles 576 et suivants doi» vent être effacés de l'ancien Code [1]. »

A la vérité, la loi n'a pas partagé au même degré ces répugnances; elle a maintenu le droit de revendication au profit du vendeur, toutes les fois que la marchandise, bien qu'expédiée à l'acheteur, n'a pas été livrée dans ses magasins ou ceux de son commissionnaire. Mais du moins est-il certain que le droit de revendication n'est pas tellement favorable qu'il faille l'étendre hors des cas posés par le législateur au milieu de tant d'oppositions.

365. Or, le commissionnaire n'est pas un vendeur. Le vendeur a pour lui le droit de propriété, qui parle toujours si haut, et qui mérite tant d'égards et de ménagements. Le commissionnaire n'est pas propriétaire. Ce n'est que par un inadmissible effort de subtilité qu'on égalise deux positions aussi diverses.

366. Maintenant voici quelque chose de plus remarquable encore :

Le législateur s'est également demandé si, dans les rapports formés par le contrat de commission, il n'y avait pas justice à autoriser, dans certains cas, la revendication. L'affirmative lui a paru devoir être consacrée. Mais en faveur de qui la revendication est-elle autorisée? en faveur du commettant seul, en faveur de celui qui consigne au commissionnaire des marchandises en dépôt ou pour être vendues [2]. Quant au commissionnaire, la loi n'a nulle part érigé la revendication à titre de garantie et de protection. Et pourquoi? parce que la revendication est fondée sur le droit de propriété [3], et qu'elle ne peut appartenir qu'au propriétaire qui a consigné sa chose à un commissionnaire, ou à celui qui, ayant vendu sans être payé, est en quelque sorte censé n'avoir pas pleinement abdiqué sa propriété, ou ne l'avoir abdiquée que sous une condition résolutoire. Or, le commissionnaire n'est pas propriétaire. La revendication ne se soutiendrait, pour lui, sur rien de solide.

367. Pourquoi, dans le cas de vente, la revendication est-elle autorisée même alors que la marchandise a été expédiée et que l'expéditeur s'est dessaisi de la lettre de voiture et du connaissement? C'est parce que la revendication est fondée moins sur le droit de possession que sur le droit de propriété. Si la revendication n'était pas fondée sur le droit de propriété, si elle ne reposait que sur la possession, elle ne serait pas admissible dans les circonstances prévues par l'article 576 du Code de commerce. Le vendeur n'a plus la possession; il a expédié la marchandise; il n'a pas fait faire le connaissement à son ordre; il n'a pas gardé la lettre de voiture; il fait voyager la marchandise aux risques de l'acheteur; il l'a livrée [4]. Mais qu'importent ces circonstances? Elles ne seraient susceptibles d'être prises en considération que si le droit du vendeur était basé sur la possession. Or, il est fondé sur la propriété; et, dès lors, ces faits sont sans gravité. Sans doute, il y a eu une tradition [5]. Mais tant que la tradition n'a pas placé la chose vendue dans les magasins de l'acheteur, tant que la tradition n'a pas été poussée à ce degré qui fait que la chose entre dans le mouvement commercial dont l'acheteur est l'agent, et apparaît à ses créanciers comme leur gage, elle n'est pas la tradition qui prive le vendeur de tout recours et épuise son droit de propriété; alors la revendication se fait sans inconvénients pour le crédit; car ces faits préliminaires, bien qu'étant en soi des faits de tradition, n'ont pas été suffisants pour donner aux tiers des espérances, et leur faire croire à une augmentation de l'actif du débiteur.

368. Que si du vendeur nous passons au commissionnaire, quelle différence vient frapper nos regards! Le droit du commissionnaire ne dérive pas de la propriété; il ne dérive que de la possession [6]. Gagiste, il n'a de prérogative contre les tiers qu'à une condition essentielle, c'est d'être saisi; c'est d'être en possession [7]. Eh bien! la possession, il ne l'a pas. Il a livré la chose [8]. Elle n'est plus dans ses magasins. Elle est expédiée; elle voyage pour le compte et au risque d'autrui.

369. Je crois que ces aperçus sont suffisants

[1] Saint-Nexent. *Des faillites*, t. 3, p. 25.
[2] Art. 575.
[3] Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 187 *bis*.
[4] Mon comm. de la *Vente*, t. 1, n° 281. Articles 576, 577, 578 du Code de comm.
[5] Mon comm. de la *Vente*, t. 1, n° 281. Articles 576, 577, 578 du Code de comm.
[6] *Suprà*, n° 97.
[7] Art. 2102, n° 2, du C. civ.
[8] Ancien art. 576 du C. de comm.

pour démontrer que la revendication attribuée au commissionnaire a quelque chose d'exorbitant, de forcé, d'injuste, et qu'aucune raison ne se montre pour abandonner le principe d'égalité qui doit dominer dans le naufrage de la faillite.

370. C'est bien ce qu'ont senti les tribunaux qui ont voulu venir au secours du commissionnaire. Ne pouvant le protéger comme gagiste, ils l'ont protégé comme vendeur ou comme subrogé au vendeur. Mais dire qu'il est un vendeur, c'est un mensonge. Dire qu'il est un vendeur fictif, c'est une supposition arbitraire et cérébrine. Dire qu'il est subrogé au vendeur, c'est fausser tous les principes.

371. Quelle est donc la vérité? C'est que le commissionnaire n'a pas de revendication à exercer et qu'il doit subir la loi commune.

Qu'on ne se récrie pas contre cette conclusion! Le commissionnaire a tous les moyens de se sauvegarder. Qu'il fasse faire les connaissements à son ordre; qu'il reste saisi de la lettre de voiture. Il le peut; alors il aura la possession; il restera armé de tous les droits que la loi attribue au gagiste.

372. Au surplus, on remarquera que ce droit de revendication n'a été consacré par la jurisprudence que dans le cas où le commissionnaire, ayant payé la marchandise de ses deniers, peut, par un tour de force d'interprétation, être assimilé à un vendeur à l'égard de son commettant. Mais, quelles que soient les ressources de l'arbitraire, elles ne pourront jamais aller jusqu'à attribuer un droit de revendication au commissionnaire qui n'a fait que des avances. Aussi les esprits les plus favorables au commissionnaire ne sont-ils jamais allés jusque-là.

373. Nous venons de nous expliquer sur les deux conditions exigées par notre article pour que le gagiste puisse prétendre au privilége : 1° mise en possession ; 2° conservation de cette possession jusqu'au moment où le droit de gage est mis en mouvement. Il nous reste à parler d'une dernière hypothèse posée par notre article : c'est celle où, par un accord intervenu entre les parties, le gage est remis non pas dans les mains du créancier lui-même, mais dans les mains d'un tiers. Cette convention est valable. Nous avons vu, en effet, ci-dessus que le gagiste est censé posséder la chose alors qu'il la possède par un tiers à ce préposé pour son compte [1]. Or, ce tiers convenu entre les parties est un mandataire qui possède pour lui et le représente. Il est vrai que le concours du débiteur intervient dans cette désignation, et peut-être pourrait-on s'autoriser de cette circonstance pour dire que ce tiers, ayant aussi un mandat venu de lui, est son représentant, et que la dépossession n'est pas entière. Mais c'est pousser les scrupules à l'excès. Le débiteur ne s'est associé au choix de la personne tierce que pour des raisons de prudence; il ne l'a pas choisie comme son mandataire à l'effet de posséder ; c'est pour le créancier que le tiers est constitué possesseur; si la possession est passée en sa personne avec le consentement du débiteur, qui y avait intérêt, elle y reste pour le compte du créancier; elle y est conservée pour lui, et, si cela est nécessaire, ce sera pour lui qu'elle se résoudra en rétention ou vente.

374. Il est donc vrai que le gage peut être remis dans les mains d'un tiers, convenu entre les parties. C'est souvent une précaution prudente, c'est souvent une mesure indispensable : une précaution prudente, quand le créancier a des raisons pour ne pas se charger de la possession, ou quand on a des raisons de craindre; une mesure nécessaire, quand le titre est d'une créance qu'on ne donne en nantissement que pour partie, et dont deux personnes ne peuvent être à la fois en possession. Nous en avons vu un exemple remarquable ci-dessus [2].

En voici un second :

Des jeunes gens se font assurer contre le recrutement; ils versent des primes, qui doivent être acquises à la compagnie; mais il est stipulé que ces primes seront déposées en main tierce pour servir de nantissement jusqu'à l'accomplissement des obligations de la compagnie [3].

ARTICLE 2077.

Le gage peut être donné par un tiers pour le débiteur.

SOMMAIRE.

375. On peut accéder à l'obligation d'autrui en donnant un gage pour lui.

376. Celui qui a donné ce gage a-t-il le bénéfice de discussion?

---

[1] *Suprà*, n°s 304 et 345.
[2] Voy. *suprà*, n° 279.
[3] Voy. arrêt de Toulouse du 16 juin 1831 (Dall., 32, 2, 106), *Pasicrisie*, à cette date.

COMMENTAIRE.

375. De même qu'on peut accéder à l'obligation d'une tierce personne pour la cautionner, de même il est permis de fortifier l'obligation d'une tierce personne en donnant, à sa place, un gage au créancier. Il y a deux agissements dans ce contrat : un mandat ou une gestion d'affaires entre le débiteur et la personne officieuse qui consent à constituer un gage pour lui; un vrai contrat de gage entre cette personne et le gagiste. Le premier de ces contrats est un bienfait; le second ne l'est pas. Le créancier reçoit le gage, non à titre de bienfaisance, mais comme condition de son crédit, et pour sûreté de ce qu'il prête [1].

Remarquons, au surplus, que celui qui pousse l'office d'ami jusqu'à donner un gage pour autrui n'adhère pas pour cela aux engagements personnels de ce dernier. Il n'est pas tenu personnellement à sa place; il n'y a que sa chose qui soit engagée. On voit, dès lors, combien cet agissement diffère du cautionnement, contrat dans lequel le fidéjusseur prend pour lui l'obligation même du débiteur : *Idem fide mea esse jubeo* [2].

376. Comme le gage passe en la possession du créancier et qu'il est affecté entre ses mains d'un privilége très-étroit, le propriétaire de la chose donnée en gage ne saurait se prévaloir du bénéfice de discussion, qui existe de droit pour le fidéjusseur. En se dessaisissant, il y a évidemment renoncé. Le bénéfice de discussion est incompatible avec le droit de rétention et le privilége conférés au gagiste.

Article 2078.

Le créancier ne peut, à défaut de payement, disposer du gage; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en payement, et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères.

Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage, ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle.

SOMMAIRE.

377. L'art. 2078 a pour but de protéger le débiteur contre des pactes abusifs.
378. Du pacte commissoire.
379. Dureté de cette convention.
380. Suite.
381. Réponse aux objections.
382. La jurisprudence romaine le proscrivait;
383. Même avant Constantin.
384. Il ne faut pas confondre la loi commissoire avec la fiducie.
385. Le pacte commissoire peut être défendu alors même que l'usure est permise.
386. Le pacte commissoire est-il valable s'il a lieu après coup? Détails sur cette question.
387. Suite. Examen d'une loi romaine.
388. Il n'y a pas pacte commissoire lorsqu'on convient que le gage appartiendra au créancier suivant une estimation qui sera faite au moment de l'échéance.
389. Il en serait autrement d'une estimation faite au moment du contrat.
390. Il n'y a pas pacte commissoire quand on attribue au créancier en payement une chose non engagée.
391. Autre cas qu'il ne faut pas confondre avec le pacte commissoire
392. Du pacte commissoire apposé dans une transaction.
393. Du pacte commissoire à titre de dot.
394. Le pacte commissoire est nul, mais le contrat ne l'est pas.
395. De la vente du gage.
396. Droit ancien et droit nouveau.
397. Suite.
398. Suite.
399. Suite. Le créancier peut faire décider par le juge que la chose lui restera à dire d'experts, ou bien il peut en faire ordonner la vente par le juge.
400. Le créancier est maître de choisir de ces deux pactes celui qui lui convient le mieux.
401. Suite.
402. Juridiction du tribunal pour ordonner la vente.
403. La convention peut-elle dispenser d'aller devant le juge?
404. Le créancier ne doit ni perdre ni gagner à ce mode de payement.
405. De la convention aléatoire portant que s'il reste quelque chose après la vente, le créancier en profitera.

---

[1] Pothier, nº 16.

[2] Mon comm. du *Cautionnement*, nºs 7, 29, 40.

406. En droit romain, ce n'était pas le juge qui ordonnait la vente; c'était le créancier qui y faisait procéder à l'échéance.
La vente doit être publique.
407. *Quid* de la vente des effets publics, rentes sur l'État, etc.?
408. Les règles ci-dessus sont applicables au commerce.
409. Suite.
410. Des formes pour opérer la vente.
411. Faut-il notifier la requête au créancier?
412. Distinctions à suivre.
413. Suite.
414. La vente libère le débiteur. On fait compte du prix.
415. *Quid* si l'acheteur ne paye pas?

COMMENTAIRE.

377. Après les dispositions ci-dessus qui se sont occupées des garanties du créancier, l'article 2078 tourne son regard sur le débiteur afin de ne pas le laisser à la merci du créancier : le débiteur a droit à sa protection ; le besoin dans lequel il se trouve le rend facile à subjuguer; il faut venir à son secours contre les pactes lésionnaires et les extorsions de créanciers impitoyables.

378. Parmi les clauses célèbres dans les annales de la fraude, il en est une fort connue en jurisprudence sous le nom de *pacte commissoire* [1]. C'est celle qui consiste à stipuler que si dans un certain temps le débiteur ne retire pas, en payant, la chose donnée en gage, cette chose sera de plein droit acquise au créancier en payement de ce qui lui est dû [2]. Ce pacte opère une conversion du gage en vente [3]. Il contient une vente conditionnelle, qui enlève au gage ses fins légitimes, et leur substitue une aliénation absolue, sans concurrence d'acheteurs; il renferme une clause pénale à raison du non-payement du prix au temps préfix [4]. Il enlève *abrupte*, comme dit J. Godefroy, au malheureux débiteur, la chose qui est encore à lui [5].

379. Ce pacte est empreint d'une dureté excessive. Presque toujours la chose donnée en gage est d'une valeur supérieure à la dette, et ce n'est qu'en cédant à la contrainte morale du besoin que le débiteur consent à subir l'obligation rigoureuse d'abandonner au créancier cette chose qui vaut plus que ce qu'il doit [6]. Un tel pacte est donc immoral : *contra bonos mores* [7]; il est vexatoire ; il est un abus du fort sur le faible, une odieuse spéculation de celui qui a sur celui qui éprouve une nécessité d'argent.

380. Lors même qu'il serait prouvé que la chose n'a pas une valeur supérieure à la dette dont elle est la garantie, ce ne serait pas encore une raison pour autoriser le pacte commissoire. D'abord le prix des choses est variable; si l'objet donné en gage ne valait que tant à l'époque du contrat, il peut en valoir beaucoup plus à l'époque du payement. Il n'est pas juste de priver le débiteur de cette chance [8] en exploitant le défaut de liberté dans lequel le place son indigence. De plus, si on autorisait le pacte commissoire sous prétexte qu'on fait le débiteur n'est pas lésé, ce serait une excitation pour les créanciers à l'insérer toujours dans les contrats de gage, sauf à subir les chances de l'examen de la fraude et de la lésion. La tolérance de la loi provoquerait en quelque sorte le dol ; elle ferait pulluler des conventions qui recèlent les plus graves abus [9].

Au surplus, l'expérience prouve que les cas où il n'y a pas de lésion pour le débiteur sont fort rares. Et quand même la loi n'en aurait pas tenu compte, il ne faudrait pas lui en faire un reproche.

381. A ceux qui se prévaudraient de la liberté des conventions pour défendre le pacte commissoire, nous rappellerons le principe que les conventions qui sont contraires aux bonnes mœurs et à la bonne foi sont nulles [10]. Et rien n'est plus contraire aux bonnes mœurs que de tirer parti de la faiblesse d'un débiteur aux abois et de s'enrichir à ses dépens.

382. Le pacte commissoire a donc été proscrit de bonne heure dans la jurisprudence romaine, si attentive, sous la main des Prudents, à se mettre d'accord avec l'équité [11]. Mais comme l'avidité des créanciers ne tenait pas plus de compte de ces défenses que des lois destinées à régler le taux des usures, lois si souvent violées, quoique si souvent rappelées [12], Constantin, à cette époque de son

[1] De *committere*. Lorsqu'une partie perd le domaine de sa chose et qu'une autre l'acquiert, on dit en latin qu'elle est *commissa* à ce dernier. Doneau, sur le C., *de pactis pign.*, n° 2.

[2] Pothier, n° 18. *Infrà*, n° 508. Championnière et Rigaud, t. 3, n° 2070. Mæstertius, *De lege commissoria*, quest. 2, n° 1. Doneau, sur la loi dernière, C., *de pactis pign.*

[3] Favre, sur la loi 34, D., *de pign. act. Infrà*, n° 387, note 2.

[4] Doneau, *loc. cit.*, n° 4 : *Committitur pignus, pœnæ causa.*

[5] Sur le C. Théod., *de commiss. rescind.*

[6] Mæstertius, quest. 3, n° 2.

[7] Doneau, *loc. cit.*

[8] Mæstertius, *loc. cit.*, n° 3.

[9] Doneau, *loc. cit.*, n° 4.

[10] L. 7, § 7, D., *de pactis*. L. 6, loc. eodem. L. 5, D., *de pactis dotalibus.*

[11] Arg. de la loi 34, D., *de pignerat. act.* L. 16, § ult., D., *de pignorib.* L. 45, D., *de solut.* Mæstertius, quest. 5.

[12] Tacite, *Annal.*, 6.

règne où il s'occupa avec tant de sollicitude de corriger les mœurs de son empire [1], intervint contre tant d'âpreté et de manœuvres captieuses [2]. Il défendit le pacte commissoire de la manière la plus absolue [3].

383. Beaucoup de jurisconsultes ont pensé que cette loi de Constantin était une innovation. Je crois, avec Doneau [4], qu'il y a de bonnes raisons à donner pour soutenir le contraire. Plusieurs textes du Digeste supposent invinciblement l'injustice et la nullité du pacte commissoire. Aucun d'eux cependant ne porte sur un cas précis dans lequel ce pacte aurait été nettement invalidé; mais on y voit clairement que l'idée de la nullité est sous-entendue, et certains fragments n'auraient pas de sens sans cette donnée.

384. Contre cette opinion, il ne serait pas juste d'opposer la forme primitive de la fiducie, qui fut exclusivement pratiquée dans l'origine pour constituer, à Rome, le nantissement [5]. La fiducie était un gage sous forme de vente à réméré; elle n'était pas un pacte commissoire. On comprend, en effet, la grande différence qui sépare la vente avec faculté de rachat. du pacte commissoire apposé dans un nantissement. Dans la vente à réméré, le vendeur aliène sur-le-champ sa chose; il sait qu'elle va cesser d'être à lui. Or, il ne se décide pas facilement à un tel sacrifice; il débat ses intérêts, et le sentiment de la propriété le porte à résister à des exigences vexatoires. Dans le nantissement, au contraire, le débiteur n'aliène rien sur-le-champ; il ne fait qu'engager sa chose, acte auquel on se prête toujours avec plus de facilité qu'à la vente. L'aliénation produite par le pacte commissoire, au lieu d'être actuelle comme dans le réméré, est éloignée et conditionnelle; le débiteur espère qu'il empêchera la condition de se réaliser, que le temps viendra à son secours et qu'il préviendra cette dépossession qui, quoique menaçante, n'a rien de consommé. C'est pourquoi un a toujours fait une grande différence entre le réméré et le pacte commissoire. Le réméré a toujours été permis [6], le pacte commissoire a toujours été suspect.

385. Il ne faudrait pas non plus nous opposer les époques pendant lesquelles l'usure fut permise à Rome. Alors même que l'usure est autorisée par les lois, le pacte commissoire n'en est pas moins dangereux et répréhensible; car il expose le débiteur à payer plus que le capital et les usures convenues. Que le débiteur livré à la rapacité du créancier supporte des usures onéreuses, on l'accorde, puisque nous supposons l'existence d'une loi qui le permet; mais il ne faut pas qu'il soit exposé à quelque chose de plus cruel encore, c'est-à-dire à laisser pour le payement de ce qu'il doit en réalité, avec les usures comprises, une chose qui a peut-être beaucoup plus de valeur.

386. On demande si le pacte commissoire, évidemment nul quand il est apposé au contrat de gage dans le moment où la convention a lieu, n'est pas valable alors que c'est *ex intervallo* qu'il est stipulé [7]. Bartole tient l'affirmative, en disant que le débiteur qui a déjà obtenu l'argent dont il avait besoin ne consent plus au pacte commissoire par nécessité, et que sa volonté est libre [8]. Mais cette raison n'est pas solide. Sans doute, ce n'est plus le besoin d'avoir de l'argent qui arrache une faiblesse à l'emprunteur. Mais qu'importe, si la pénurie et la crainte de ne pouvoir le rendre exercent sur lui le même empire? Est-ce que le débiteur est dans une position meilleure lorsque le créancier le presse de ses vives instances en l'avertissant que le moment approche de rendre ce qu'il doit, lorsqu'il le menace de vendre le gage aussitôt que cette heure critique aura sonné; lorsqu'il obtient de lui, sous cette influence, le pacte lésionnaire en vertu duquel il consent à ce que la chose reste aliénée si au jour de l'échéance tout n'est pas payé?

387. La loi 34, D., *de pignerat. act.*, n'est pas contraire à cette solution, quoi que Bartole en ait pensé [9]. En voici l'espèce :

Le jurisconsulte Marcellus suppose que Titius a prêté de l'argent à Sempronius, qui lui a donné un gage. Titius, n'étant pas payé, se dispose à faire vendre le gage. Sempronius lui écrit alors et offre de lui vendre cette chose à lui-même, moyennant un certain prix, *certo pretio*. Titius accepte et l'on passe acte de cette convention. Le débiteur pourra-t-il faire révoquer cette vente en offrant le capital et les intérêts? Non, dit Marcellus; d'après les faits exposés, la vente doit tenir. En effet, notons d'abord cette différence entre cette espèce et celle du numéro précédent : tout à l'heure, le

[1] Godefroy, sur le Code Théod., *de commiss. rescind.*

[2] *Captiones..., crescit asperitas*, dit la loi de Constantin.

[3] L. fin., C., *de pactis pignoris*. Voy. aussi Code Théod., *de commissoria rescindenda*, lib. 3, tit. 2, loi unique : « *Si quis*, dit l'empereur, *tali contractu* » *laborat, hac sanctione respiret.* »

[4] *Loc. cit.*, nº 4 : « Et probabile est, non hac » constitutione Constantini primum hanc legem im- » probatam esse, sed etiam displicuisse veteribus. » *Pœna tantum aucta est.* » *Junge* Mæstertius, *loc. cit.*, quest. 5.

[5] *Suprà*, nº 5.

[6] Mon comm. de la *Vente*, t. 2, nº 692.

[7] L. 46, D., *de solut.* L. ult., C., *de pact. pignor.* Dumoulin, *De contr. usur.*, quest. 52, nº 363. Favre, *De errorib. prag.*, decad. 21, error 2; et Code, VIII, 23, 1. Mæstertius, quest. 6. Voet, XX, 1, 25.

[8] Bartole, sur la loi *quamvis*, D., *de solut.* Doneau, *De pignorib.*, c. 13.

[9] « *Ut somniat Bartolus*, » ainsi que le dit Favre, sur cette loi, *Ration. ad Pand.* Voy. *infrà*, nº 569.

terme n'était pas encore arrivé; ici, il est échu. Tout à l'heure on exploitait la crainte de ne pas pouvoir juger. Ici on ne fait que régler les conséquences d'un fait accompli.

Partant de là, voici ce qui explique la décision de Marcellus.

Puisque le débiteur, malgré la constitution du gage, reste maître de la chose, il peut la vendre à qui il veut, même au créancier, pourvu que les circonstances ne prouvent pas qu'il n'a pas été libre [1]. Or, il y a ici contrat de vente parfait; on y trouve *res, pretium, consensus*.

S'inquiétera-t-on du consentement? Mais remarquons-le : ce consentement n'aboutit pas à un pacte commissoire; il constitue une vraie vente. Qu'est-ce que le pacte commissoire? une vente conditionnelle, une vente soumise à cette condition : « si le débiteur ne paye pas » tel jour. » Ici, le jour est arrivé; la dette est échue. Il faut payer. Le contrat n'est, dès lors, qu'un datiun en payement pure et simple; il n'est soumis à aucune condition.

En ce qui concerne le prix, on sait que dans le pacte commissoire, qui convertit le gage en vente [2], il n'y a pas d'autres prix que l'argent déjà prêté et les intérêts; le montant de la dette est toujours inférieur à la valeur du gage [3]. Ici, il y a prix fixé à nouveau, *certo pretio*. Ceci est de la plus haute importance [4]. Ce prix, déterminé entre les parties après un nouvel examen, ôte au contrat toute parité avec le pacte commissoire [5] et avec le cas examiné au nº 386.

388. De même, on ne confondra pas avec le pacte commissoire la convention par laquelle les parties stipulent que, faute par le débiteur de payer dans un certain temps la somme assurée sur le gage, la chose demeurera acquise au créancier suivant une estimation qui en sera faite alors. Ceci est loin de ressembler au pacte commissoire, qui fait acquérir la chose au créancier *simpliciter* [6] et *abrupte* [7]. Elle ne devient sa propriété qu'après une estimation de sa valeur et un compte du plus ou du moins [8].

Telle est la décision de Marcianus dans la loi 16, § final, D., *de pignorib. et hypoth.* : « Po» test ita fieri pignoris datio, ut si intra certum » tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris » possideat *rem justo pretio* TUNC *æstimandam*. » *Hoc enim casu videtur quodammodo condi*» *tionalis venditio* [9]. »

On comprend facilement qu'un tel pacte est exempt des dangers qui accompagnent le pacte commissoire. La chose sera estimée au temps du payement; on en fixera le prix sur des bases justes. Rien ne s'oppose dès lors à ce que, sous cette condition, la vente puisse être passée au créancier aussi bien qu'à un tiers. Enfin, le créancier n'est pas une personne incapable; au contraire, il est naturellement capable d'acheter du débiteur la chose engagée, ainsi que le décide un rescrit impérial rendu pendant que Papinien était chargé de répondre aux requêtes [10]. Il ne devient incapable que par les circonstances. Ici, il n'y a ni crainte de lésion ni possibilité d'abus.

389. Mais nous ne donnerons pas la même valeur à un pacte qui convertirait le gage en vente moyennant une estimation faite au moment du contrat. D'après le texte de la loi romaine, il faut que l'estimation soit faite *ex tunc* et non pas *ex nunc*. D'une part, on peut craindre qu'au moment du contrat, alors que le besoin d'argent se fait sentir dans toute son urgence, le débiteur n'ait accepté une estimation non satisfactoire. De l'autre, comme le prix des choses est sujet à varier, ce n'est pas le prix tel qu'il peut être au moment du contrat de gage qui doit être pris en considération, c'est le prix réel au moment de la vente. Car, comme le dit Mæstertius : « *Non est hic emtio » rendito ex nunc, sed tantum ex tunc* [11]. »

390. Serait-ce tomber dans la prohibition de notre article que d'attribuer au créancier, à titre de dation en payement, non pas précisément une chose que l'on engage, mais une chose déterminée et étrangère à tout nantissement?

Par exemple, Pierre emprunte 1,000 francs à François, et il est convenu que si Pierre ne paye pas à l'échéance, François prendra en payement un tel cheval attaché à l'une des fermes dudit Pierre. Cette convention, suivant quelques auteurs, a tous les inconvénients du pacte commissoire; elle en mérite tous les reproches [12]. Suivant d'autres, elle est valable. C'est une dation en payement qui n'a rien de répréhensible [13].

[1] Tryph., l. 12, D., *de distr. pignor.*

[2] *Per quod pignus in conditionem convertitur.* Favre, sur la loi 34, D., *de pign. act. Suprà*, nº 378.

[3] *Ita vix fieri queat, ut summa debita, justo pignoris pretio æquipollat.* Favre, *loc. cit.*

[4] Favre, *loc. cit.*

[5] *Junge* Berlier, disc. au conseil d'État. Fenet, t. 15, p. 197.

[6] Godefroy, sur le C. Théod., *de commissor. rescindenda* t. 1, p. 295, col. 2.

[7] *Suprà*, nº 378.

[8] Pothier, nº 19. Gregor. Tholosanus, lib. 22, c. 9, nº 14. Il cite un arrêt du parlement de Paris. Favre cite un arrêt du sénat de Chambéry. Cod., *de pact. pign.*, VIII, 23, 1. Doneau, sur la loi 1, C., *de pactis pign.*, nº 6. *Infrà*, nº 550.

[9] Sur cette loi, voy. Favre, *De erroribus*, décad. 21, error 7.

[10] L. 12, *De distr. pignor.* (Tryphoninus).

[11] Quest. 14, nº 2.

[12] Mæstertius, quest. 7, d'après beaucoup d'auteurs.

[13] Favre, Code, VIII, 23, 2. Bartole, sur la loi *quamvis*, D., *de solut.*, 2. Balde, *in capite* 1. *De feudo dato in vicem legis commiss.*, col. 2. Tiraqueau, *De retract. convent.*, nº 138.

Cette dernière opinion peut s'autoriser d'un argument puissant tiré d'un arrêt de la cour de cassation du 1er juillet 1844 [1]. Cet arrêt est rendu dans un cas où il s'agissait de vente d'immeubles; mais les raisons de décider sont les mêmes alors qu'il s'agit de meubles donnés en payement.

Ce qui écarte en effet l'application de notre article, c'est qu'il n'y a pas impignoration de la chose donnée en payement; c'est que, par conséquent, le pacte en question rentre dans la classe de ses ventes conditionnelles qui ne sont défendues par aucune loi.

Si on y fait attention, il y a une grande différence entre cette convention et le pacte commissoire. Dans le pacte commissoire, le créancier, déjà nanti d'un gage et ayant toutes ses sûretés, ne se contente cependant pas de ces précautions; après avoir voulu du nantissement pour mettre la chose en sa possession, il repousse le nantissement et ses conséquences logiques pour la faire passer dans son domaine de propriété! Il accumule sûretés sur sûretés, et cette excessive vigilance est de nature à faire craindre pour le débiteur livré à ses rigueurs. La loi a donc raison d'être soupçonneuse à l'égard d'un créancier qui lui est si soupçonneux. Mais elle a beaucoup moins à redouter les piéges du créancier qui suit, jusqu'à un certain point, la foi du débiteur, qui ne se fait pas donner de gages et qui consent à prendre en payement une chose que le débiteur peut faire disparaître. Ce créancier n'annonce pas, par cette conduite, l'avidité et l'âpre cautèle du précédent. Rien n'empêche donc de laisser à l'acte la valeur habituelle d'une dation en payement.

391. Voici un autre cas qu'il ne faut pas confondre avec le pacte commissoire :

Le débiteur a donné au créancier un fidéjusseur, et il a été convenu que ce fidéjusseur, s'il paye ce qui est dû, recevra en payement une certaine chose qui est en gage dans les mains du créancier. Ce pacte est valable [2]. Il n'a rien de commun avec le pacte commissoire qui attribue la chose à celui qui a prêté; ici, celui à qui le débiteur promet de donner la chose en payement n'a pas mis de l'argent dans ses mains, et l'on ne peut pas dire que le désir d'obtenir de l'argent de ce fidéjusseur a été le mobile du consentement à la vente [3].

392. Le pacte commissoire est-il valable s'il a été apposé dans une transaction? Par exemple, il est convenu, par transaction passée entre le débiteur et le créancier, que si ce même débiteur ne retire pas le gage dans quatre mois, la propriété en sera acquise au créancier.

Je pense que c'est là un cas de pacte commissoire caractérisé. La transaction, qui est faite pour assoupir les procès, ne doit pas s'approprier des clauses qui, par la fraude présumée qu'elles renferment, sont de nature à les exciter. Si le président Favre rapporte un arrêt du sénat de Chambéry qui approuve un tel pacte inséré dans une transaction [4], c'est que cette transaction avait été faite en justice, et que le juge était censé avoir estimé et adjugé la chose [5].

393. Le pacte commissoire n'a été défendu que dans l'intérêt du débiteur, parce qu'il prive ce dernier de la propriété de sa chose sans les précautions nécessaires pour le garantir contre la fraude. Mais quelquefois le pacte commissoire n'aboutit pas à ce résultat extrême, attendu que le créancier n'est pas investi de la chose à un titre de pleine propriété. C'est ce qui a lieu dans le cas de dot.

Par exemple, une femme promet à son mari, ou un beau-père à son gendre, une somme de 20.000 fr. à titre de dot. Un gage est donné pour sûreté de cette promesse, et il est convenu que si, à tel jour, la somme n'est pas payée, le gage sera converti en chose dotale. Cette clause est valable [6]. Elle ne prive pas la femme de sa propriété, puisqu'elle la retrouve à la dissolution du mariage; elle n'en prive pas non plus le beau-père, puisque, à la même époque, il la retrouve par lui ou par sa fille. C'est un pacte matrimonial, qui est plutôt dans l'intérêt du mariage; aucune raison solide ne porte à l'ébranler.

394. D'après notre article, le pacte commissoire ne fait pas tomber le gage pour le tout; il n'y a que la clause contraire à notre article qui soit nulle [7].

Il n'en était pas de même d'après la loi ulté-

---

[1] Dall., 44, 1, 344. *Infrà*, n° 561.

[2] L. ult., D., *de cont. empt.*

[3] Doneau, *loc. cit.*, n° 6. Favre, Code, VIII, 21, *def.* 4. *Contrà*, Mæstertius, quest. 12. Dumoulin, *De contract.*, q. 52, n° 357.

[4] Code, VIII, 21, 3.

[5] *Junge* Mæstertius, quest. 11.

[6] Dumoulin, quest. 53, n° 372. *Contrà*. Mæstertius, quest. 10.

[7] Dans un contrat de prêt, les contractants peuvent valablement stipuler, qu'en cas de non payement à l'échéance, le créditeur pourra vendre les objets mobiliers donnés en gage, autrement que par expropriation forcée. Br., 30 germinal an XI, *Déc. not.*, t. 3, p. 270.

Le créancier ne peut être autorisé par le débiteur à disposer du gage sans observer aucune formalité. Liége, 3 décembre 1806, *Déc. not.*, t. 9, p. 268.

L'acte par lequel un débiteur, tout en déclarant donner en gage à son créancier une créance qu'il a à charge d'un tiers, l'autorise, en cas de défaut de payement de sa part à l'échéance, à toucher directement sur sa simple quittance, non-seulement les intérêts, mais même le capital de cette créance, constitue non pas un nantissement, mais une dation en payement ou une cession-transport qui éteint la dette à due concurrence. Liége, 27 février 1841; *J. de B.*, 1841, 2, 450.

rieure au C., *de pactis pignor.* [1]. Constantin avait voulu, à titre de peine, que la chose fût enlevée au créancier : « *Creditores enim, re » amissa, jubemus recuperare quod dederunt.* » Notre article a jugé avec raison qu'il suffisait de considérer comme non écrite la clause en question et de rentrer dans le droit commun en matière de gage.

395. Reste à voir maintenant quel est ce droit commun.

Écoutons Loyseau [2] :

« Donc en France pour le regard du gage con- » ventionnel, qui est toujours mobilier (parce » que comme l'hypothèque n'a lieu en meubles, » aussi le gage n'a lieu en immeubles), il faut » obtenir du juge, partie appelée, permission » de le vendre; si ce n'est que, par l'enga- » gement ou obligation par écrit, il soit porté » qu'après certain temps le gage pourra être » vendu sans demander permission au juge, ni » observer solennité de justice; auquel cas, on » tient, à la rigueur, qu'il suffit de dénoncer » la vente à la partie; ce qui est toujours né- » cessaire. Et doit le gage être vendu publi- » quement, à jour et lieu de marché, par un » sergent vendeur, et délivré au plus offrant et » dernier enchérisseur [3]. »

396. Notre article a des dispositions qui sont conformes à cette pratique du droit français. Mais il en diffère sous d'autres rapports. Le législateur a tenu à être aussi prévoyant et aussi positif que possible sur ce point, qui lui a paru être un des plus importants du titre du gage [4].

397. D'abord, il est formellement énoncé que le créancier ne pourra jamais s'approprier la chose de plein droit, et qu'il ne pourra jamais en disposer. Cette chose appartient au débiteur. Bien que celui-ci soit en retard de payer, ce retard ne suffit pas pour faire passer la propriété sur la tête du créancier. Il faut quelque chose de plus que la contumace du débiteur pour opérer une conversion du gage en propriété.

398. Quelle sera donc la cause légitime qui produira cette conversion? Sera-ce une clause du contrat? Nous avons vu ci-dessus ce que le législateur a pensé du pacte commissoire. Ce pacte insidieux cache la fraude; il est proscrit par notre article.

399. Voici donc ce que le créancier aura à faire : il ira trouver le juge, et là il pourra pourvoir à sa sûreté par l'une de ces deux demandes :

Ou conclure à ce que le gage lui demeurera en payement jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par des experts;

Ou bien conclure à ce qu'il sera vendu aux enchères.

400. Le créancier est maître de choisir l'une de ces deux voies. Toutes deux sont légales, et c'est son intérêt qui décide celle qui doit être préférée. A la vérité, Duranton enseigne que c'est à la justice à ordonner ce qui lui paraîtra le plus avantageux aux intérêts du débiteur [5]. Mais nous croyons que cette opinion manque de justesse, et nous disons que c'est seulement lorsque le créancier soumet simultanément ces deux chefs au juge, par forme d'alternative, que le tribunal a droit de choisir l'un plutôt que l'autre [6]. Mais, tant que le juge n'est saisi que de l'une de ces alternatives, il n'a pas le pouvoir de remplacer l'une par l'autre. Si le créancier demande à être investi de la propriété à dire d'experts, le juge ne peut ordonner que la chose sera vendue aux enchères; s'il demande qu'elle soit vendue aux enchères, le juge ne peut ordonner qu'elle lui demeurera à dire d'experts.

Ce qui prouve contre Duranton la vérité de notre proposition, c'est que si le juge avait le pouvoir que cet estimable professeur lui attribue, il pourrait forcer le créancier à devenir propriétaire, malgré lui, d'une chose qu'il n'a aucun avantage à faire entrer dans son domaine, et dont la vente lui paraît plus conforme à ses intérêts. Est-il possible de supposer qu'il y ait une loi assez peu réfléchie pour vouloir qu'un homme devienne, de force, propriétaire d'une chose, et qu'il l'achète par contrainte?

401. Ajoutons qu'évidemment, le juge n'a pas plus de droit que le débiteur dont il veut défendre les intérêts. Or, il est clair que le débiteur n'a pas l'option dont il est question dans l'article 2078, et que ce n'est pas en sa faveur qu'elle a été créée. Comme le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet par privilége aux autres créanciers, il s'ensuit que lui seul, et non le débiteur, a le droit de décider par son option si la chose lui demeurera en payement jusqu'à due concurrence, ou si elle sera vendue aux enchères [7]. C'est à tort que le débiteur exigerait de rester maître de l'option. Le débiteur n'a qu'une chose à faire, c'est de payer. Tant qu'il ne paye pas, le créancier doit avoir la faculté souveraine d'aviser à la

---

[1] *Junge* le C. Théodos., l. unique, *de commissoria rescindenda.*

[2] *Deguerpiss.*, III, 7, 2.

[3] Voy. Pothier, n° 24. La commission de vendre des objets donnés en gage vient à cesser dès que la dette est payée, soit par le débiteur lui-même, soit par des tiers. Br., 12 frimaire an IX; *Déc. not.*, t. 1, p. 84.

[4] Berlier, orateur du gouvernement. Fenet, t. 15, p. 207.

[5] T. 18, n° 536.

[6] Zachariæ, t. 3, p. 172, note 4; édit. belge, t. 2, § 434.

[7] Colmar, 23 février 1828 (Devill., 9, 2, 38); *Pasicrisie*, à sa date.

conservation de ses droits par le moyen qu'il juge le plus opportun. On peut appliquer ici cette règle de Modestin : « *Creditoris arbitrio » permittitur... ad suum commodum perve- » nire* [1]. »

402. L'article 2078 attribue juridiction au tribunal. Ce n'est pas au juge des référés qu'il faut recourir pour faire ordonner ou l'achat à dire d'experts, ou la vente aux enchères [2].

403. Mais la convention pourra-t-elle dispenser les parties d'aller devant le juge? Pourra-t-elle établir qu'à défaut de payement à l'époque indiquée, le gage restera au créancier à dire d'experts?

Nonobstant la rédaction de la dernière partie de l'article 2078, je me prononce pour l'affirmative [3]. Ce que l'article 2078 a voulu dire, ce n'est pas que le ministère du juge est absolument indispensable, mais bien que la formalité d'une expertise ne saurait être remplacée par rien. C'est en effet dans cette formalité, et non dans l'intervention du juge, qu'est ici la garantie. Ce que les parties sont convenues de faire, le juge aurait été obligé de le faire à leur place. Il est donc inutile de recourir à un jugement qui entraîne des frais. L'expertise protégera le débiteur ; il n'a pas intérêt, il n'a pas droit d'en exiger davantage.

404. Lorsque le prix de la chose a été fixé par les experts et qu'il est supérieur à la dette, le créancier doit en faire raison au débiteur. Ce dernier a, de ce chef, l'action pigneratice [4].

Réciproquement, s'il est inférieur à la dette (ce qui est rare), le débiteur devra parfaire. Cette obligation est de droit ; il n'est pas nécessaire qu'elle soit stipulée, et si elle est stipulée, elle est inutile ; car elle est nécessairement sous-entendue [5].

En un mot, si le créancier ne doit pas faire un gain, il ne doit pas perdre, et un compte de bonne foi doit régler les rapports des parties.

405. Toutefois, le créancier et le débiteur ne pourront-ils pas, par une convention aléatoire, stipuler que ce qui restera après la vente sera attribué au créancier, de telle sorte que s'il y a plus, il le gardera pour lui, s'il y a moins, le débiteur ne sera pas obligé de parfaire?

Cujas enseigne l'affirmative sur le fondement de la loi dernière au C., *de distract. pignor.* Cette convention, dit-il, n'est pas inique ; elle n'est nullement le pacte commissoire défendu par Constantin. C'est une convention aussi licite qu'une autre, et dont le but est d'obliger le créancier à se contenter de la valeur, telle quelle, de la chose [6].

Cette opinion n'était pas universelle dans l'ancienne jurisprudence : elle était contestée par Tulden [7], par Voet [8] et Mæstertius [9], qui donnaient à la loi ult., C., *de distr. pignor.*, un sens autre que l'interprétation de Cujas.

Quoi qu'il en soit, je la considère comme proscrite par ces mots de notre article : *jusqu'à due concurrence*. La raison en est que le créancier ne court presque jamais de chances mauvaises dans un tel contrat, et que toutes les bonnes sont de son côté ; car le gage est le plus ordinairement d'une valeur bien supérieure à la dette.

406. Quand le créancier ne veut pas de la chose, il demande au juge l'autorisation de la faire vendre aux enchères, et il se paye par privilége sur le prix jusqu'à due concurrence.

En droit romain, ce n'était pas avec l'autorisation du juge que s'opérait la vente du gage ; c'était le créancier qui y faisait procéder lui-même après l'échéance [10]. En France, la pratique a toujours été de recourir à la justice [11].

Quoi qu'il en soit, on aperçoit que la vente publique est une formalité nécessaire pour convertir la chose en argent et procurer le payement dont le créancier a voulu s'assurer [12]. Comme c'est le juge qui l'ordonne sur la poursuite du créancier, celui-ci doit prouver à la justice que le débiteur ne paye pas. Par là, toutes les garanties sont acquises au débiteur. Les surprises ne sont pas à craindre, les enchères sont provoquées, et l'on peut croire que le prix sera porté par la concurrence à sa vraie valeur.

407. Quand les choses mises en gage sont des effets publics, la vente s'en fait en bourse. Ce mode de vente, quoique ne rentrant pas dans les prévisions précises de l'article 2078, n'est cependant pas incompatible avec ses dispositions. Il est d'ailleurs, le seul usité, et le seul utile pour les fonds publics ; il offre toutes les garanties d'une vente aux enchères proprement dite. Qu'a voulu l'article 2078? la plus grande garantie du débiteur. La vente en bourse, par un agent de change, est un meilleur moyen de vendre que le mode ordinaire [13].

---

[1] L. 8 D., *de distr. ignor.*
[2] Paris, 5 octob. 1839 (Dall., 40, 2, 6).
[3] *Suprà*, n° 388.
[4] Cujas, sur le tit. du Code, *de distr. pignor.*, d'après la loi 24, § 2, D., *de pigner. act.* (Ulp.). Voy. l. ult., C., *de distr. pignor.* (Diocl. et Maximin). Pomponius, l. 6, § 1, D., *de pigner. act.*
[5] Paul, l. 0, § 2, D., *de dist. pignor.*
[6] Sur le tit. du C., *de distr. pignor.*
[7] Ad tit. *de pactis pignor.*, n° 2.
[8] *De pignorib. et hypoth.*, 20, 1, 26.
[9] Quest. 8.
[10] Voy. les tit. du Dig. et du C., *de distr. pignor.* Doneau, sur le tit. du C., *de distr. pignor.* Voy. le traité de Schilling, traduit par Pellat. *Du droit de gage*, § 217.
[11] Loyseau, *suprà*, n° 385.
[12] L. 8, § 3, *de pigner. act.* L. 4, D., *de distr. pignor.* L. 7 et 8, C., *de distr. pignor.*
[13] Br., 8 janv. 1834 (Dall., 38. 2, 214). *Pasicrisie*, à cette date. Lorsque des effets publics ont été donnés en gage, le juge peut ordonner qu'à défaut

408. Dans les matières de commerce, il n'y a rien qui dispense le nantissement des principes essentiels posés dans l'article 2078. Ces principes, c'est-à-dire la vente et la publicité de la vente, sont une sauvegarde pour la bonne foi : ils sont la loi du commerce comme la loi des agissements civils.

409. Lors même que le commissionnaire aurait reçu la marchandise pour la vendre à un prix déterminé, si le commettant à qui les avances ont été faites ne s'acquitte pas aux époques convenues, le commissionnaire doit se faire autoriser à les vendre par le ministère d'un courtier désigné par le tribunal de commerce, et se payer, sur le prix, de ses avances, frais de magasinage et autres dûment justifiés.

410. Quelles sont les formes à suivre pour opérer cette vente? Le Code de commerce garde le silence en ce qui concerne le mode d'exécution du privilége du commissionnaire sur les marchandises à lui consignées. Mais, par analogie, on peut se référer à l'article 106 du Code de commerce, relatif au privilége du voiturier, et combiné avec l'article 2078 du Code civil [1].

411. Pour obtenir une autorisation régulière de procéder à la vente, le créancier (commercial ou civil) est-il tenu de notifier sa requête au débiteur et de l'assigner devant le tribunal pour en discuter les motifs?

La cour royale de Paris a jugé la négative par arrêt du 15 mars 1815 [2]. Il faut, toutefois, noter que, dans l'espèce, il était constaté en fait que le commettant était informé que la vente devait avoir lieu, et il n'avait pas fait les remises nécessaires pour l'empêcher.

Une circonstance semblable se rencontrait dans l'espèce d'un arrêt du 29 novembre 1816, avec quelque chose de plus précis. Il était constant que le gagiste avait écrit au débiteur que, faute de payement, il provoquerait la vente des marchandises. De plus, l'arrêt constate que des notifications avaient été faites au débiteur pour se trouver présent à la vente [3].

412. Si dans les matières commerciales il était nécessaire, sans distinction, d'appeler et d'entendre le débiteur, les lenteurs les plus préjudiciables aux intérêts des parties feraient courir des risques à la chose et compromettraient les droits respectifs. En effet, dans les cas de consignation de marchandises expédiées, le domicile de l'expéditeur se trouve plus ou moins éloigné de celui du destinataire ; il y aurait alors des délais de procédure; on perdrait l'occasion de vendre; la chose pourrait dépérir. Il existe donc une nécessité qui, en pareil cas, oblige à abréger les formes. Il suffit que le créancier agisse de bonne foi et au mieux des intérêts du débiteur : *bona fide rem gerere*, ainsi que le dit la loi romaine en s'occupant d'un cas analogue [4]. Nous disons donc qu'un jugement sur requête est, en pareille circonstance, la forme la plus simple et la plus usitée.

413. Mais, dans les matières commerciales ordinaires, ou dans les matières civiles, alors que le péril en la demeure n'a rien d'inquiétant, je pense que le créancier est tenu de faire assigner le débiteur pour voir ordonner la vente du gage. Telle a toujours été la pratique [5]. Il n'y a pas de raison pour s'en écarter.

414. La vente et le payement qui en est la suite libèrent le débiteur. On fait compte du prix, conformément à ce que nous avons dit ci-dessus, nos 374 et 375 [6].

415. Comme la vente ne se fait qu'au comptant [7], il n'arrivera pas souvent qu'on ait à s'occuper de la question suivante, posée par Paul. Cependant il n'est pas impossible de la voir se présenter.

« On demande si le débiteur est libéré dans le cas où le débiteur n'a pu obtenir de l'acheteur du gage le payement du prix. Je pense, dit Paul, que si aucune faute ne peut être imputée au créancier, le débiteur reste obligé. Car une vente faite par nécessité ne libère le débiteur qu'autant que l'argent a été touché. » *Manare debitorem obligatum, quia ex necessitate facta venditio, non liberat debitorem, nisi pecunia percepta* [8].

---

de payement ils seront vendus à la bourse par le ministère d'un agent de change. L'art. 76 du Code de comm., en réservant exclusivement aux agents de change le droit de faire les négociations des effets publics, déroge à l'article 2078 du Code civil qui ne permet la vente du gage qu'aux enchères publiques. C. de cassation, 18 février 1835. *J. de B.*, 1835, 1, 324.

[1] Colmar, 29 novembre 1816 (Devill., 5, 2, 207). *Pasicrisie*, à cette date. Les formalités des ventes sur saisie-exécution ne doivent pas être observées dans la vente que fait un créancier des objets reçus en nantissement et sous autorisation de justice. Liége, 16 janvier 1826. *J. du* XIXe *s.*, 1826, 2, 202.

[2] Devill., 5, 2, 29. *Pasicrisie*, à cette date. Dall., *Commissionnaire*, p. 748, 749; édit. belge, t. 4, p. 389, 390.

[3] Devill., 5, 2, 207. *Pasicrisie*, à cette date. Dall., *loc. cit.*

[4] L. 4, C., *de distr. pignor.*, et Doneau, sur cette loi, no 7.

[5] Voy. Loyseau, cité ci-dessus, no 385; et l. 4, C., *de distr. pignor.*

[6] Paul. l. 9, § 1, *De distr. pignor.* Les frais judiciaires faits par le créancier pour parvenir à la vente des objets qui lui ont été donnés en gage doivent être à la charge du débiteur, bien qu'il n'ait formé aucune opposition à la demande faite par le créancier. Br., 25 juin 1831 ; *J. de B.*, 1832, 1, 92. *J. du* XIXe *s.*, 1831, 3, 270.

[7] Art. 624, C. de procéd. civ.

[8] L. 9, D., *de distr. pignor.* (lib. 3, *Quæst. Paul.*).

Article 2079.

Jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il reste propriétaire du gage, qui n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilége de celui-ci.

SOMMAIRE.

416. Le gage n'enlève pas la propriété au débiteur; il ne fait que donner une possession au créancier.

417. Tout ce qui accroît à la chose, accroît le domaine de propriété du débiteur.

418. Le débiteur peut vendre la chose.
Il peut en disposer par testament.

419. Il a l'action en revendication contre le créancier qu'il a payé.

420. Le créancier n'est donc qu'une sorte de dépositaire de la chose.

421. Il ne peut se servir de la chose. Exception à cette règle.

422. Le créancier ne peut pas vendre la chose engagée, ni en abuser.

423. Il peut cependant la donner en gage. Du *sub-pignus*.

COMMENTAIRE.

416. Le nantissement n'enlève pas la propriété au débiteur. Il en serait autrement si le nantissement n'était qu'une vente à réméré. Mais, par son essence, le nantissement laisse au débiteur la propriété de la chose engagée. *In dominio manet debitoris*, dit le jurisconsulte Tryphonius d'après Papinien [1]. Le créancier n'en acquiert que la possession : *Solam possessionem transfert ad creditorem*, ajoute le jurisconsulte Florentinus [2].

417. Il suit de là que si la chose augmente ou diminue de valeur, c'est pour le compte du débiteur qu'ont lieu cette augmentation ou cette diminution. *Quidquid pignori commodi sive incommodi fortuito accessit, id ad debitorem pertinet* [3].

418. Le débiteur peut même vendre la chose engagée, tout en respectant cependant le droit du créancier [4].

Il peut en disposer à cause de mort [5].

419. Et il peut exercer la revendication, apanage de la propriété, contre le créancier, qui, après avoir été pleinement satisfait, garderait la possession de la chose engagée [6].

420. Cette situation a pour conséquence nécessaire d'attribuer au créancier le rôle secondaire d'un simple dépositaire de la chose. S'il la possède, ce n'est pas dans un but restreint et limité; elle ne lui a été donnée que pour assurer son privilége. Sa possession est précaire; elle ne lui donne que le droit de garder la chose, de la retenir, de la conserver.

421. Il suit de là qu'il ne peut s'en servir pour ses usages. *Si creditor pignore... utatur, furtum committit* [7].

Il en serait autrement s'il ne s'en servait qu'avec le consentement exprès ou tacite du débiteur [8]. Mais ce consentement ne se présume pas facilement; car en soi le gage ne confère qu'un dépôt oisif; il n'est donné qu'à titre de sûreté, et non pour que le créancier en retire un avantage et un profit.

Toutefois, il y a des nantissements dans lesquels l'usage de la chose est sous-entendu, comme le gage d'un esclave, le nantissement d'un cheval de labour. Alors, le créancier doit tenir compte de la valeur des services que les choses lui procurent [9].

422. A plus forte raison, le créancier ne peut ni vendre la chose engagée, ni la faire servir à des usages abusifs.

423. Il peut cependant la mettre en gage [10]. C'est ce qu'on appelle sous-gage, ou en latin *sub-pignus*. Si ce *sub-pignus* a été contracté en connaissance de cause par le sous-gagiste, ce dernier n'a pas plus de droits que son propre créancier [11].

Mais si la chose engagée a été donnée en

---

[1] L. 12, D., *de distr. pignor.*; *Junge* l. 9, C., *de pign. act.*
[2] L. 35, § 1, D., *de pign. act.*
[3] Ulp., L. 21, § 2, D., *de pignerib.*
[4] L. 7, § 2, D., *de distr. pignor.* L. 34, D., *de pignor. act.* *Suprà*, n° 377.
[5] L. 57, D., *de legat.*, 1°.
[6] Papinien, l. 40, D., *de pignor. act.* (*Respons.*, III).
[7] Instit., *De oblig. quæ ex delicto*, § 6. L. 54, D., *de furtis*. Mon comm. du *Dépôt*, n°s 97, 98.
[8] Arg. de l'art. 1930. C. civ. Mon comm. du *Dépôt*, n° 100. *Infrà*, n° 438.
[9] *Infrà*, n° 438.
[10] L. 1, C., *si pignus pignori datum sit*. L. 13, § 2, D., *de pignerib.*
[11] *Suprà*, n° 82.

gage comme sienne par le créancier, il est de règle que le sous-gagiste a tous les droits d'un premier créancier. Nous avons vu ailleurs les preuves de cette proposition; elle est usuelle dans le commerce [1]. Elle est fondée sur ce sage et tutélaire principe du droit français : *les meubles n'ont pas de suite*. Il ne reste au débiteur frustré dans ses droits que l'action pigneratice contre celui qui a abusé de sa confiance.

Article 2080.

Le créancier répond, selon les règles établies au titre *des Contrats et des Obligations conventionnelles en général,* de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence.

De son côté, le débiteur doit tenir compte au créancier des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage.

SOMMAIRE.

424. De la conservation de la chose.
425. Le créancier, étant dépositaire, doit veiller à son dépôt. Sans quoi le débiteur a contre lui l'action pigneratice directe.
426. Mais la responsabilité du gagiste est-elle pareille en étendue à celle du dépositaire? Non.
427. Il est responsable du dol;
428. Et de la faute lourde et de la faute légère;
429. Mais il n'est pas tenu de la faute très-légère.
430. Ni de la force majeure.
431. Quand y a-t-il preuve de force majeure?
432. Suite.
433. Le gage étant perdu par force majeure, le débiteur n'est pas tenu d'en fournir un autre.
434. De l'action pigneratice contraire dans le cas où le créancier a fait des dépenses pour la chose engagée.
435. Des dépenses nécessaires et des dépenses utiles.
436. Suite.

COMMENTAIRE.

424. Notre article s'occupe de la responsabilité du créancier gagiste en ce qui concerne la conservation et la garde de la chose.

425. Obligé de rendre la chose après avoir été payé (articles 2082 et 2083), le créancier doit, par une conséquence nécessaire, apporter un soin convenable [2] à la conservation de cette chose. Dépositaire d'après l'article 2079, il ne doit pas laisser périr ce dépôt par sa négligence; de même que le dépositaire proprement dit doit veiller sur l'objet déposé [3], de même le gagiste est tenu de pourvoir à la conservation de la chose confiée à ses mains.

426. Mais la responsabilité du gagiste se mesurera-t-elle sur celle du dépositaire? Faudra-t-il suivre dans l'article 2080 la comparaison que fait l'article 2079, du gagiste au dépositaire?

Non, évidemment. Le dépositaire rend un service à autrui; le gagiste n'a l'intention que de rendre service à lui-même; et puisque c'est son intérêt qui le domine dans la réception du gage, il faut le mettre sur la ligne du commodataire, et non sur la ligne du dépositaire. Les lois romaines ont établi elles-mêmes cette analogie : *Venit autem in hanc actionem*, dit Ulpien, *et dolus et culpa; ut in commodato venit et custodia; vis major non venit* [4].

427. Maintenant, à quel degré s'élève la responsabilité du gagiste? De quelle faute est-il tenu?

S'il se rend coupable de dol, nul doute qu'il ne soit atteint par l'action pigneratice. Le dol est sévèrement banni des rapports civils [5].

428. Mais si, exempt de dol, le gagiste commet une faute de garde et de surveillance, nous contenterons-nous de lui reprocher la faute lourde? Non. Ce serait le traiter en dépositaire [6]. Il faudra donc qu'il réponde de la faute légère. Ulpien nous le dit expressément en se servant du mot *culpa*. Ce mot employé seul signifie toujours la faute légère [7]; et

---

[1] *Suprà*. n° 83.
[2] Voy. Pothier, n° 31.
[3] Mon comm. du *Dépôt*, n° 63 et suiv.
[4] L. 13, § 1, D., *de pign. act.*
[5] Ulp., l. 13, § 1, D., *de pign. act.*; et l. 15, même titre. Instit., *Quib. modis re cont.*, § ult.
[6] Mon comm. du *Dépôt*, n° 63 et 76
[7] Favre, *Ration.*, sur la loi 13, § 1, D., *de pign. act.*

Paul compléte cette proposition quand il dit dans la loi 14, D., *de pignerat. act.* : *Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, a creditore exiguntur.* Ainsi, si le créancier qui a reçu un nantissement d'esclaves (cela se pratique encore aux colonies) les a maltraités sans nécessité, et s'il a affaibli leur santé par des châtiments non mérités, par une mauvaise nourriture ou des travaux exagérés, il est tenu par l'action pigneratice directe [1].

429. Quant à la faute très-légère, elle est exclue par les textes. Ulpien et Paul ont évité à dessein les superlatifs. C'est la diligence du bon père de famille qui est exigée, et non pas la diligence du très-bon pére de famille [2].

Ce point a fort embarrassé les interprètes qui se sont imaginé que, dans le commodat, les jurisconsultes romains imposaient à l'emprunteur la diligence très-exacte; la comparaison du gagiste et de l'emprunteur, faite par Ulpien, renversait leur théorie, ils ont inventé des distinctions, des corrections, des conciliations [3]; et, par exemple, ils se sont avisés de dire qu'en prenant sa comparaison dans le commodat, Ulpien n'avait en vue que cette espèce de commodat dans lequel il y a utilité réciproque [4]. Tout cela atteste l'esprit ingénieux et fertile des commentateurs. Quant à nous, nous avons professé à cet égard, dans notre commentaire du *Prêt*, une opinion qui nous dispense de ces efforts, et qui met Ulpien d'accord avec les principes généraux et avec l'article 2080 du Code civil.

430. La force majeure n'est pas imputable au gagiste. La perte de la chose retombe sur le propriétaire [5].

431. Mais il ne suffit pas au gagiste d'affirmer que la chose a été perdue. Comme l'enseigne Pothier [6], et comme nous n'avons cessé de l'enseigner dans nos précédents commentaires, c'est au gagiste, en tant que gardien de la chose, à prouver l'accident, et, de plus, à établir que cet accident est arrivé sans sa faute [7].

Par exemple, le vol a lieu très-souvent par un défaut de négligence du possesseur [8]. Il ne prend donc le caractère de vol qu'autant que le gagiste montre que ses soins n'ont pu prévenir la perte de la chose [9].

Nous en dirons autant de l'incendie [10].

C'est pourquoi un arrêt du parlement de Bordeaux du 14 décembre 1600 a déclaré un individu, qui avait reçu en gage un diamant, responsable du vol qui lui en fut fait par un de ses domestiques [11].

432. Mais quand le créancier a donné une explication satisfaisante de sa conduite, quand il a montré que la perte ou la détérioration du gage ont eu une cause raisonnable, si le débiteur continue à soutenir que le créancier est en faute, c'est à lui à le prouver.

Caccia avait été nanti par Blum et Cie de dix-huit actions industrielles au capital de 90,000 francs. Pendant que ces actions restaient ainsi déposées dans les mains du créancier, la société industrielle du capital de laquelle elles étaient dépendantes crut devoir opérer des modifications à ses statuts; le résultat de ses modifications fut inscrit sur les actions et particulièrement sur celles dont Caccia était détenteur. Blum et Cie ignorèrent ce fait. A l'échéance ils ne payèrent pas, et Caccia obtint du tribunal la permission de faire vendre les actions. Blum et Cie s'étonnèrent d'un tel résultat; ils prirent des informations : ils furent avertis que l'on avait inscrit sur leurs dix-huit actions des mentions qu'ils prétendirent être de nature à les déprécier. Ils actionnèrent en conséquence Caccia devant les tribunaux. Mais il fut déclaré en fait qu'il n'était pas prouvé que les modifications sociales mentionnées sur les titres eussent déprécié leur valeur, et que c'était à Blum à faire cette preuve s'il voulait faire peser une responsabilité sur Caccia [12].

433. La perte de la chose met fin à la sûreté dont le créancier avait été pourvu. Si cette perte a eu lieu par sa faute, de quoi se plaindrait-il? Si elle avait eu lieu par force majeure, de quoi se plaindrait-il encore?

Et quand le gage a été perdu par la faute du créancier, le débiteur a action contre lui pour se faire restituer le même corps certain qu'il avait reçu en gage [13], sinon tels dommages et intérêts qu'il appartiendra; il peut encore se faire déclarer exempt de payer la dette principale [14].

Ce n'est que lorsque la perte a eu lieu sans la faute du créancier que celui-ci est en droit de réclamer son dû [15].

434. La première partie de l'article 2080

[1] Ulp. l. 24, D., *de pign. act.*
[2] Favre, sur les lois précitées. Mon comm. du *Prêt*, n° 72.
[3] Pothier, *loc. cit.*, n° 34
[4] Bartole, sur la loi 13, D., *de pign. act.*
[5] L. 19, C., *de pign. act.* Bartole, *loc. cit.*
[6] N° 31.
[7] L. 5, C., *de pignorib.*
[8] Arg. de la loi 22, D., *de pign. act.* Mon comm. du *Prêt*, n° 86
[9] Mon comm. du *Prêt*, n° 87; de la *Vente*, n° 402; du *Louage*, n°s 221, 222, 223, 342, 364, 366, 910, 916, 959, 987, 1088, 1092; de la *Société*, n° 584; du *Dépôt*, n°s 234, 235; du *Mandat*, n° 372.
[10] Mon comm. du *Prêt*, n° 86.
[11] Despeisses, t. 1, p. 263. Automne sur la loi 12, § 3, D., *pro socio*.
[12] Cass., req. 3 décemb. 1834 (Dall., 35, 1, 61). *Pasicrisie*, à cette date.
[13] L. 1, § 6, D., *de oblig. et act.*
[14] L. 4, § 8, D., *de doli mali et metus except.*
[15] Instit., *quibus modis re cont.*, § 4, *in fine*.

que nous venons d'analyser a traité de certains cas qui donnent lieu à l'action pigneratice.

La seconde partie va s'occuper d'une situation inverse : c'est celle d'où résulte pour le créancier l'action pigneratice contraire contre le débiteur [1].

Si, pour la conservation de la chose, le gagiste a fait des dépenses nécessaires, il doit en être indemnisé. Supposez que dans les colonies, où les nantissements d'esclaves sont si fréquents, le gagiste ait été obligé de faire soigner par les médecins un esclave donné en gage, il a l'action pigneratice contraire contre le débiteur pour être indemnisé. Telle est la décision de Sempronius : « Si necessarias impensas fecerim in servum... quem pignoris » causa acceperam, non tantum retentionem, » sed etiam contrariam pignoratitiam actionem babebo; finge enim medicis, cum ægrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum » decessisse [2]. »

435. Ce texte de Sempronius ne traite que des dépenses nécessaires [3]. Mais que dironsnous des dépenses utiles [4].

Ce point a été envisagé avec beaucoup de soin par Ulpien dans son commentaire de l'Edit [5].

Lorsqu'un créancier, dit-il, a fait apprendre un métier à l'esclave engagé, s'il a agi en cela conformément à l'intention du débiteur, il aura l'action pigneratrice contraire; sinon il faudra, pour lui accorder cette action, qu'il ait fait apprendre à l'esclave un métier nécessaire [6]; et encore devra-t-on la lui refuser dans le cas où l'indemnité à lui due s'élèverait si haut que le maître serait gêné pour la payer et serait, pour ainsi dire, forcé de renoncer à son esclave. Car si le créancier ne doit pas négliger la chose qu'il a reçue en gage, il ne doit pas non plus la rendre telle que le recouvrement en devienne onéreux pour le débiteur... Le juge devra donc en ceci prendre un juste milieu : *medie igitur hæc a judice erunt dispicienda*. Il n'écoutera pas un débiteur trop pointilleux; il n'écoutera pas un créancier trop disposé à grever le débiteur : *ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur.*

On voit qu'Ulpien s'occupe ici d'une dépense utile et non pas d'une dépense nécessaire. Instruire un esclave à un métier est une chose d'utilité plutôt que de nécessité [7]. Sa distinction est marquée au coin du bon sens et de la plus juste observation.

436. Elle a été répétée par Pothier [8]. Mais notre article ne l'a pas reproduite. Est-ce pour la proscrire? Non! car ce serait proscrire *la* raison. Si l'article 2080 a gardé le silence sur ces distinctions, c'est qu'il était inutile qu'il entrât dans des explications qui sont plutôt du domaine de l'interprète. Son texte suffit; car il est évident qu'une dépense poussée à un point qui en définitive retombera sur le débiteur d'un poids onéreux n'est pas une dépense utile; c'est une dépense imprudente. Le créancier est sorti de son rôle de gardien et de conservateur de la chose. On peut même le soupçonner de mauvaise foi. Qui sait, en effet, s'il n'a pas agi pour rendre impossible le retrait de la chose [9], et profiter de la gêne du débiteur [10].

ARTICLE 2081.

S'il s'agit d'une créance donnée en gage, et que cette créance porte intérêt, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus.

Si la dette pour la sûreté de laquelle la créance a été donnée en gage porte elle-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette.

SOMMAIRE.

437. Des fruits de la chose engagée.
438. *Quid* des travaux faits par l'esclave, ou par l'animal engagé?
439. Des intérêts des créances données en gage.
440. Comment ils s'imputent.
441. La mise en gage de la créance donne au créancier le droit de percevoir lui-même les intérêts : il a qualité pour cela envers les débiteurs de ces intérêts.

---

[1] *Infrà*, n° 530.
[2] L. 8, D., *de pign. act.*
[3] *Junge* Ulp., l. 25, D., *de pign. act.*
[4] Pothier, n° 60. Voy. *infrà*, art. 2086, et nos 540, 541, 543.
[5] L. 25, D., *de pign. act.*
[6] Ce mot est celui du texte d'Ulpien. Mais voyez ce qui suit, et la remarque de Favre à la note 3.
[7] Favre, *Ration.*, sur cette loi.
[8] N° 61.
[9] Favre, *loc. cit.*
[10] *Infrà*, n° 543.

COMMENTAIRE.

437. Notre article s'occupe des fruits de la chose donnée en gage ; point important et qui devait frapper l'attention du législateur.

En principe, le créancier doit, quand il est payé, rendre la chose avec les fruits et les accessoires [1]; il en est tenu par l'action pigneratice, et, soit qu'il les ait consommés, soit que ces fruits soient encore existants, il en doit être fait compte au maître de la chose. Comme les nantissements d'esclaves étaient fréquents chez les Romains, on trouve dans le Code de Justinien un titre qui traite du part de la femme esclave donnée en gage [2]. Il y est posé en principe que l'enfant né pendant l'impignoration de la mère fait partie du gage [3], et que, dès lors, il doit en être tenu compte au débiteur [4]. Le gage n'est pas une cause de gain pour le créancier, ce n'est qu'une assurance. Le créancier ne doit pas s'enrichir aux dépens du débiteur.

438. Les lois romaines vont plus loin : elles veulent que les travaux de l'esclave soient appréciés et imputés sur les intérêts et puis sur le capital; ces travaux ont une valeur, et, puisque le créancier en profite, il est juste qu'il consente à diminuer la dette d'autant : *extenuato debito* [5]. Nous avons vu ci-dessus, en effet, que le créancier n'a pas le droit de se servir de la chose engagée [6], et si, par un consentement exprès ou tacite qui est toujours censé intervenir dans les nantissements d'esclaves, le droit d'user de la chose engagée lui est concédé, il est nécessaire qu'il fasse raison de l'avantage qu'il en retire.

439. Les nantissements de meubles corporels frugifères sont très-rares dans les habitudes modernes. C'est pour cela que le Code civil n'a pas parlé des fruits produits par ces choses pendant l'impignoration.

Il en est autrement des meubles incorporels, des créances. On les donne très-souvent en gage, et comme elles peuvent être productives d'intérêts, le Code civil a jugé nécessaire de s'en occuper. Les règles qu'il pose dans notre article ne sont qu'une application de celles que nous venons d'emprunter au droit romain.

440. C'est pourquoi les intérêts de la créance, si elle en produit, seront imputés sur les intérêts dus au gagiste par le débiteur [7].

Que si la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné n'était pas productive d'intérêts, les intérêts de la créance engagée seraient imputés sur le capital et les diminueraient d'autant.

441. Notez, du reste, que la mise en gage d'une créance productive d'intérêts attribue au créancier le droit de les percevoir [8]. Les intérêts, en effet, font partie du gage; ils en sont un accessoire; ils doivent aller trouver le créancier.

ARTICLE 2082.

Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné.

S'il existait, de la part du même débiteur, envers le même créancier, une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue exigible avant le payement de la première dette, le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au payement de la seconde.

---

[1] Ulp., l. 22, § 2, D., *de pignor. act.* Marcianus, t. 13, *De pign. et hypoth. Suprà*, n° 84.
[2] *De partu pignoris et omni causa.*
[3] L. 1, C., *loc. cit.*
[4] L. 2, C., *loc. cit.*
[5] Diocl. et Max., l. 2, C., *de partu pignoris et omni causa.*
[6] *Suprà*, n° 411.
[7] L. 2 précitée, C., *de partu pignor.* L'art. 2081, C. civ., ne distinguant pas entre le cas où les intérêts sont l'objet d'un titre distinct du titre de la créance qui les produit, il suffit, pour son application, que les intérêts perçus par le créancier excèdent ceux qui lui étaient dus. Cass., 17 décembre 1841; *J. de B.*, 1842, 1, 228.
[8] Duranton, t. 18, n° 544. Zachariæ, t. 3, p. 173; édit. belge, t. 2, § 435.

SOMMAIRE.

442. Du droit de rétention.
443. Il dérive des lois romaines.
444. Le droit de rétention n'est pas exclusivement propre au gagiste.
445. Vrai caractère du droit de rétention. Il est, en lui-même, distinct du privilége.
446. C'est à tort qu'on le confond avec le privilége.
447. Toutefois, en ce qui concerne le gagiste, il n'y a pas grande différence entre le privilége et la rétention.
Mais ce n'est pas une raison pour confondre ces deux droits.
448. Suite.
449. Exemples. Dépositaire; commodataire.
450. Du conservateur de la chose.
451. Du voiturier.
452. Suite de la différence entre la rétention et le privilége.
453. Réponse à une objection.
454. Suite.
455. Le privilége se pose à l'égard des tiers.
Le droit de rétention est une exception contre le débiteur de mauvaise foi.
456. Preuve de cela tirée des textes.
457. Suite.
458. Importance de ces distinctions. Leur utilité pratique. Le droit de rétention est si bien une exception contre le débiteur, que le créancier ne peut empêcher les autres créanciers qui y ont intérêt d'exiger la vente du gage.
459. Arrêts rendus à ce sujet.
Premier arrêt de cassation.
460. Autre.
461. Suite.
462. Étendue du droit de rétention.
Le créancier doit être entièrement désintéressé si le débiteur veut retirer le gage. Il doit être même payé des sommes qu'il aurait prêtées depuis la constitution du gage sans convenir que le gage les garantira.
463. Mais ceci n'est pas vrai pour les dettes contractées avant le gage. On ne doit entendre le droit de rétention, ainsi étendu, que lorsqu'il s'agit des dettes contractées depuis le gage;
464. Et des dettes exigibles au moment où le débiteur veut retirer le gage.
465. Le droit de rétention pour les dettes postérieures qui ont été contractées sans affectation expresse sur le gage n'a pas lieu contre les tiers créanciers.
466. Application de ceci au droit commercial.
467. Suite.
468. Dans quels cas cesse le droit de rétention.
Abus de la part du créancier.
469. Du cas où le débiteur paye. Le payement doit être intégral. Le payement partiel ne libère pas le gage.
470. Mais le payement intégral le libère *ipso jure*.
471. Des libérations équivalant à payement.
472. Des novations avec réserve du gage.
473. De la renonciation au gage.
474. Le créancier est-il censé renoncer au gage s'il reste 30 ans sans réclamer son dû?
475. Le retrait de la chose des mains du gagiste s'appelle, en droit commercial, revendication.
476. L'action en restitution n'est pas sujette à prescription.
477. Il en est autrement quand le débiteur, après avoir tout payé, ne retire pas le gage.
478. Quand le créancier a cessé de posséder le gage, l'action contre lui se prescrit par 30 ans.
479. Suite. Quand même ce serait par sa faute qu'elle aurait péri.

COMMENTAIRE.

442. L'article 2082 s'occupe d'une nouvelle garantie attribuée par le gage au créancier. Nous avons vu ci-dessus son privilége sur les autres créanciers; nous avons vu aussi son action pigneratice contraire contre le débiteur. Nous allons voir maintenant son droit de rétention; droit qui découle de sa possession et qui consiste à retenir la chose par devers lui tant qu'il n'est pas payé.

443. Le droit de rétention du gagiste est formulé dans les lois romaines. Papinien en fait mention dans la loi 1, D., *de pignorib. et hypothecis*; la rétention est une ressource commode qui vient au secours du créancier lorsque la subtilité des lois romaines lui enlève certaines actions dont il aurait besoin. « *Difficilius creditori... utilis actio dabitur. Sed* FACILIOR ERIT » POSSIDENTI RETENTIO [1]. »

Papinien revint ailleurs sur le droit de rétention; il le considère comme une garantie distincte de l'action pigneratice, et découlant cependant d'une manière nécessaire de la possession du gage [2].

Enfin on trouve le droit de rétention du gagiste signalé par Modestin [3] et par le C. de Justinien au titre *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse*. Je crois inutile de multiplier les citations.

444. Dans mon commentaire des *Priviléges* et des *Hypothèques*, j'ai essayé de donner le

[1] Ce texte est tiré des *Respons.*, lib. XI.
[2] L. 40, § 2, D., *de pign. act.* (*Resp.*, lib. III).
[3] L. 25, D., *de pign. et hypoth.*

résumé des idées les plus accréditées parmi les jurisconsultes sur le droit de rétention [1]; droit introduit non-seulement en faveur du gagiste, mais encore en faveur de beaucoup de créanciers possesseurs [2]. Examinant ce droit dans ses différentes applications, j'ai essayé de préciser son caractère général, abstraction faite des circonstances particulières qui peuvent venir le compliquer dans le gage. Mais Delamarre et Lepoitevin ayant émis l'opinion que ces idées ne peuvent s'accommoder au droit commercial [3], je crois nécessaire de revenir sur ce sujet, de rappeler les principes et de montrer la liaison du droit civil avec le droit commercial.

445. Le privilége et le simple droit de rétention sont en eux-mêmes deux droits distincts; on ne doit pas plus les confondre dans la pratique que dans la théorie. Le premier affecte la chose; il en fait pour ainsi dire partie; il la suit quand elle est susceptible de suite. Le second, au contraire, n'a pas en soi ces caractères; il n'est pas nécessairement un *jus in re*. Il n'a pas la poursuite de la chose. Il n'est, par sa nature, qu'une exception *doli mali* opposée par le possesseur à celui qui veut s'enrichir à ses dépens [4].

446. Il est vrai que quelquefois les jurisconsultes ont confondu le privilége avec le droit de rétention. Mais c'est un abus de mots qui ne peut tout au plus se tolérer que lorsque le droit de rétention est accidentellement renforcé d'une affectation spéciale sur la chose; et encore est-il toujours nécessaire de distinguer la rétention du privilége; car ces deux droits n'opèrent pas nécessairement dans les mêmes conditions.

447. Je sais bien que lorsque l'on traite des droits du gagiste, l'importance de la distinction disparaît en partie, et que le privilége du gagiste, qui puise dans la possession une condition de son existence, se rapproche beaucoup du droit de rétention, qui n'existe pas sans possession. Mais ce serait une erreur de croire que le gagiste n'est privilégié que parce qu'il est investi du droit de rétention. Tous ceux qui ont un droit de rétention n'ont pas un privilége, il s'en faut de beaucoup. S'il suffisait d'avoir le droit de rétention pour être privilégié, on verrait apparaître dans le droit une foule de créanciers privilégiés qui ne tiennent de la loi aucun rang de préférence. Le créancier jouissant du droit de rétention ne peut arriver au privilége qu'autant que son droit est accompagné d'une sorte d'hypothèque privilégiée sur la chose, ainsi que le disaient autrefois les interprètes du droit romain [5], et que ce droit est assez recommandable pour engendrer un droit de préférence, un *jus prælationis* entre créanciers : *privilegium prælationis adversus omnes creditores exteriores* [6].

448. Mais si le droit de rétention est livré à lui-même, s'il n'a pas le secours de cette affectation qui saisit la chose, il ne donne qu'une simple exception personnelle, bonne à opposer au débiteur de mauvaise foi [7]. C'est ce qui est clairement établi dans la loi 1, C., *etiam ob chirograph. pignus*.

449. En voulez-vous un exemple? Le dépositaire à qui il est dû quelque chose à raison du dépôt a droit de rétention sur la chose (article 1948 du Code civil); mais il n'a pas de privilége.

Il en est de même du commodataire. Il n'a que le droit de rétention contre le propriétaire [8]; mais il ne peut opposer son droit aux créanciers privilégiés ou hypothécaires qui ont sur la chose une cause de préférence.

Il ne faut donc pas dire que rétention et privilége sont synonymes.

450. En voici d'autres preuves :

Le conservateur de la chose a la rétention s'il possède; il a privilége s'il ne possède pas [9].

451. Il en est de même du voiturier. Par son droit de rétention, il peut retenir la chose tant qu'il n'est pas payé. Mais si ce privilége n'était pas joint à son droit de rétention, il n'aurait aucune cause de préférence dès l'instant qu'il aurait perdu la possession; car la rétention se perd avec la détention de la chose. Cependant le privilége lui reste; il peut suivre la chose dans le bref délai accordé par la coutume commerciale [10].

452. Et dans la matière même du gage, où la rétention et le privilége se touchent de si près, leur différence est cependant palpable; car si le gagiste est privé de son privilége à l'égard des tiers, lorsque, par exemple, il ne s'est pas conformé à l'article 2074 du Code civil, il peut avoir contre le débiteur le droit de rétention. Enfin, pour terminer la liste des exemples, nous verrons plus tard la même distinction se produire dans l'antichrèse; l'antichrésiste a le droit de rétention contre le débiteur, et non pas contre les tiers [11].

453. On a cependant fait l'objection suivante : « Quand la loi veut favoriser un créancier

---

[1] T. 1, nº 255.
[2] Voy. Cujas, 18, *observat*, 10. Peckius, *De jure sistendi*, c. 34.
[3] *Contrat de commission*, t. 2, nºs 386, 387.
[4] De Savigny, *Traité de la possession*, § 3, nº 6. G. Gmelin, *De jure pignoris*, § 52. *Infrà*, nº 575.
[5] Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, nº 25. Casaregis, disc. 22, nºs 11 et 12.
[6] Casaregis, *loc. cit.*
[7] *Infrà*, nº 570. Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, nº 256. Mon comm. du *Dépôt*, nºs 193 et 194. Article 1948, C. civ.
[8] Caius, liv. 18, § 4, *commodati*.
[9] Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, nº 177.
[10] Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, nº 207. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, nº 417.
[11] *Infrà*, nºs 575 et 586.

qui n'a pas la possession, elle lui donne un privilége.

» Quand elle veut favoriser un créancier qui a la possession, ce qu'elle lui donne est plutôt un droit de rétention qu'un privilége; et ce droit de rétention a la même vertu que le privilége proprement dit : il opère avec la même énergie. Le gage, par exemple, ne procure pas autre chose qu'un droit de rétention. Si la loi donne le nom de privilége au droit du créancier gagiste [1], c'est parce que le droit de rétention est un vrai privilége. On peut même dire qu'il est quelque chose de plus; car il réunit la double faveur de la possession et de la qualité de la chose. »

454. Cette doctrine ne me paraît pas fondée. Les textes, d'abord, la repoussent.

L'article 2073 du Code civil traite du privilége; l'article 2082, du droit de rétention. L'article 93 du Code de commerce se sert aussi du mot de privilége, et non du mot de rétention, pour caractériser le droit qu'il accorde au commissionnaire. Cette expression n'est pas impropre, quoi qu'en disent Delsmarre et Lepoitevin [2]; elle est l'expression vraie, légitime et universellement consacrée.

Ensuite, l'esprit de la loi s'oppose à ce qu'on appelle rétention le privilége accordé à la possession; car, je le répète, il peut y avoir rétention sans privilége.

455. Laissons donc à ces deux choses leur rôle spécial.

Le privilége c'est le droit du créancier se posant à l'égard des tiers : *adversus creditores exteriores* [3].

Le droit de rétention, au contraire, est une exception de créancier à débiteur. C'est particulièrement dans les rapports de créancier à débiteur que le droit de rétention prend place.

456. Pour le prouver, il suffit de rappeler quelques textes.

Prenons d'abord l'article 2082 qui nous occupe. Entre qui existe le rapport que cet article s'applique à régler? Entre le débiteur et le détenteur du gage. Il n'y est pas question des tiers.

Même observation si nous recourons à l'article 1948 du Code civil.

Et tel est aussi le point de vue des lois romaines. — Lorsque, dit Caïus [4], il est dû quelque chose au commodataire par le prêteur, le premier peut proposer une compensation; et l'action *commodati contraria* est plutôt donnée à l'emprunteur quand la chose est déjà rendue (*aut ideo de restituenda re cum eo non agatur*), et que par conséquent l'emprunteur ne peut pourvoir à ses intérêts par la rétention de cette chose.

Il s'agit ici d'une action entre les deux parties contractantes.

Paul qualifie même d'exception de dol le droit de rétention de celui qui, de bonne foi, a fait des améliorations sur la chose d'autrui : *scilicet opposita doli mali exceptione* [5]; il suppose que le propriétaire revendique cette chose avec les annexes qui y ont été faites par le possesseur, de bonne foi, et que le demandeur se prévaut de la règle *ædificium solo cedit*, et il décide qu'il a droit de retenir la chose pour être indemnisé de ses frais; ce qui fait dire à Cujas, dans son commentaire des Réponses de Paul [6] : « *Sumptus hos consequi potest per retentionem* » *ædificii, opposita exceptione doli mali, quia* » *dolus est ex aliena jactura lucrum facere* » *velle* [7]. »

Marcianus traite une question analogue. Un héritier est chargé par fidéicommis de remettre à un tiers une maison dans deux ans. La maison brûle avant l'échéance du fidéicommis, et l'héritier y fait des réparations. Il a droit de la retenir pour être payé de ses dépenses [8].

On le voit, c'est toujours de créancier à débiteur que la rétention apparaît; et s'il était besoin de confirmer cette vérité par d'autres citations, on verrait que les textes du droit romain qui, à propos du gage, parlent du droit de rétention, font toujours allusion à cette même situation [9]. La loi unique au Code *etiam ob chirograph. pecuniam* la dessine même en terme exprès; car elle accorde le droit de rétention au gagiste contre le débiteur dans un cas où elle le lui refuse contre les tiers [10].

457. Après cela, je conviendrai que, dans le style commercial, il a pu se glisser une certaine confusion entre le privilége du gagiste et la rétention. Les négociants, apercevant des garanties communes à la rétention et au privilége, ont pu se servir d'un mot à la place de l'autre. Mais il n'en est pas moins certain qu'en théorie et en pratique, en droit civil comme en droit commercial, il y a une grande différence entre la rétention et le privilége [11].

Qu'un nantissement, par exemple, ne soit pas revêtu des formalités de l'article 2074 du Code civil dans le cas où l'article 95 du Code de commerce les rend nécessaires, est-ce que le débiteur pourra nier au créancier le droit

[1] Art. 2073 et 2102, n° 2, C. civ.
[2] T. 2, n° 390.
[3] Casaregis, *loc. cit.*
[4] L. 18, § 4, D., *commodati*.
[5] L. 14. *De doli mali et metus except.* (l. 3 *Respons.*).
[6] Sur cette loi.
[7] L. 17, § ult., D., *de instit. act.*
[8] L. 40, § 1, D., *de cond. indebit.*
[9] *Suprà*, n° 453.
[10] *Infrà*, n°s 462, 463.
[11] Renouard reconnaît les différences théoriques; mais il semble nier les différences pratiques (*Faillites*, t. 2, p. 291). Mais on a vu ci-dessous ces différences.

de rétention parce que le privilége n'existe pas?

458. Ces distinctions essentielles ont plus d'importance que ne le croient certains auteurs, fort recommandables du reste [1], qui n'ayant pas d'intérêt, par la nature de leur sujet, à les approfondir, en ont nié l'utilité. Aux preuves que nous en avons données ci-dessus, il en est une très-remarquable que nous devons ajouter.

En règle générale, le débiteur ne peut pas forcer le créancier à vendre le gage. Quand bien même la dette serait inférieure à la valeur du gage, le créancier est maître de se retrancher dans son droit de rétention. Le débiteur n'a qu'une chose à faire, c'est de payer. Qu'il vende, par exemple, s'il trouve un acheteur, la chose mise en gage; qu'il en porte le prix au créancier et le désintéresse en entier: le créancier sera tenu de se dessaisir; mais avant cela, il n'est pas possible qu'un débiteur force son créancier à faire la vente du gage. C'est ce que décide Pomponius dans la loi 6 au D., *de pignerat. act.* Combattant une opinion d'Attilicinus, qui avait pensé que le créancier gagiste pouvait être contraint à vendre *cognita causa*, sur les instances au débiteur, Pomponius dit qu'il est inhumain de forcer le créancier à vendre : « *Invitum enim creditorem cogi vendere, satis inhumanum est* [2]. »

Mais ce droit fondé sur la rétention sera-t-il applicable aux tiers de bonne foi, qui seront porteurs de titres exécutoires et qui auront intérêt à la mise en vente de la chose? Le créancier pourra-t-il leur opposer son droit de rétention et les renvoyer à se pourvoir à leur guise? Nullement! du principe que le droit de rétention ne peut être opposé qu'au débiteur seul et non aux tiers, il suit que, bien que le créancier soit nanti du gage, les autres créanciers porteurs de titres exécutoires peuvent saisir la chose entre ses mains, la faire vendre contre son gré, et la convertir en prix, sauf à lui attribuer préférence sur ce même prix.

459. A la vérité, des idées contraires se rencontrent dans un arrêt de la cour royale de Montpellier du 10 juin 1831, qui décide que le créancier nanti du gage ne peut être dépouillé par les créanciers qu'autant qu'on lui offre de le payer intégralement; et ce point lui a paru d'autant plus nécessaire à maintenir dans l'espèce, que les créanciers saisissants n'établissaient pas que la valeur du gage était supérieure à la créance; qu'ils étaient créanciers postérieurs à la mise en gage. Mais, sur le pourvoi en cassation, ce système, beaucoup trop absolu, a été singulièrement modifié et ramené dans des limites plus raisonnables. Le demandeur disait :

Il n'y a pas de loi qui déclare insaisissables les objets mis en gage. Or, s'ils peuvent être saisis, de quel droit veut-on que la saisie des créanciers soit subordonnée à la question de savoir si la valeur du gage est supérieure à la créance du gagiste? Est-ce que les créanciers peuvent savoir autrement que par la vente publique quelle est la valeur du gage?

De plus, la cour royale de Montpellier n'entrave-t-elle pas arbitrairement le droit de saisie en disant que les créanciers ne peuvent effectuer la saisie qu'en désintéressant le créancier? Il faudra donc que les créanciers se constituent en avance? En ont-ils toujours les moyens? Et d'ailleurs quel tort font-ils au créancier gagiste, puisqu'ils lui laissent la préférence sur le prix?

Nonobstant ces raisons, le pourvoi fut rejeté par arrêt de la chambre des requêtes du 31 juillet 1832, au rapport de Lasagni. L'arrêt établit en principe que le débiteur reste propriétaire malgré le gage; que le créancier gagiste ne l'a dans sa main que comme un dépôt; qu'il fait partie du patrimoine du débiteur commun, et que dès lors il peut être l'objet d'une saisie.

Mais l'arrêt ajoute que cette saisie ne doit pas être faite de manière à nuire, soit au dépôt, soit au privilége acquis au créancier, et qu'en fait, rien ne prouve l'intérêt des créanciers à opérer la saisie, puisqu'ils ont laissé ignorer si la chose engagée était ou non supérieure à la créance du gagiste; que, de plus, ils ont perçu le prix de la chose saisie; et que par là ils ont enlevé au gagiste sa sûreté, sans le payer ni même sans lui offrir de le payer; que, dès lors, la cour royale de Montpellier a pu déclarer la saisie nulle, et que par là elle n'a pas violé les articles 2092 et 2093 du Code civil [3].

Cet arrêt contient des raisons de principe et des raisons de fait. Le principe est que la chose engagée peut être saisie. Le fait est que la saisie a été faite de manière à nuire au gagiste, ce qui ne saurait être.

Et pourquoi la saisie a-t-elle nui au gagiste? Elle lui a nui parce que les saisissants se sont emparés du prix, et qu'ils n'ont rien payé, ni offert de rien payer au gagiste.

Cette raison de fait explique tout l'arrêt; elle le légitime. On avait dépouillé le gagiste; on ne lui avait rien laissé ni sur la chose, ni sur le prix.

460. Mais si nous voulons nous dégager maintenant des faits particuliers de l'espèce, nous verrons ressortir de l'arrêt du 31 juillet 1832 cette vérité, savoir, que les créanciers ont le droit de saisir la chose entre les mains du

---

[1] Renouard, *loc. cit.*

[2] Favre prétend dans ses *Rationalia ad Pandect.*, sur cette loi, que Tribonien a falsifié le texte de Pomponius et l'a accommodé à ses idées. Il voit dans la loi en question des difficultés que je n'y aperçois pas.

[3] Dall., 32, 1, 321.

gagiste, de la faire vendre, d'en faire mettre le prix en distribution.

Et c'est ce qu'a jugé la cour royale de Paris par arrêt du 29 juin 1833, confirmé par la cour de cassation le 3 juillet 1834 [1]. Cette doctrine est bonne; car le droit de rétention n'opère que vis-à-vis du débiteur, et non pas vis-à-vis des tiers [2], à qui on ne peut opposer aucune exception de dol, et qui d'ailleurs ne refusent pas au gagiste la supériorité de son privilége.

461. Dalloz, qui défendait devant la cour de cassation le pourvoi rejeté par arrêt du 31 juillet 1832, crut devoir ajouter, aux excellentes raisons qu'il développa, un argument tiré de l'ancien Code de commerce. En effet, l'article 536 porte : « Les syndics seront autorisés à » retirer les gages au profit de la faillite, en » remboursant la dette ; » et l'art. 537 ajoute : « Si les syndics ne retirent pas le gage, qu'il » soit vendu par *les créanciers*, et que le prix » excède la créance, le surplus sera recouvré » par les syndics; si le prix est moindre que la » créance, le créancier nanti viendra à contri» bution pour le surplus. » Notez ce mot : *les créanciers*, disait Me Dalloz; il ne limite pas le droit de vendre au créancier gagiste; il admet tous les créanciers, sans distinction, à exercer ce droit.

Mais si nous jetons les yeux sur le nouveau Code de commerce, nous voyons dans l'article 548 une modification au texte de l'ancien article. Le pluriel de l'article 537 a été remplacé dans l'art. 548 par un singulier. L'argument pourrait donc être victorieusement rétorqué. Mais d'autres raisons subsistent; il ne faut pas que le gagiste paralyse le droit des autres créanciers de bonne foi, il ne faut pas qu'il détienne des valeurs plus fortes que sa créance.

462. Le droit de rétention ainsi expliqué, voyons quelle en est l'étendue.

Il est attribué au créancier pour tout ce qui lui est dû par le débiteur à raison du gage. Et ceci a une portée remarquable.

Si le créancier a prêté sur nantissement une somme d'argent, et qu'avant la libération du gage il ait prêté de nouvelles sommes devenues exigibles, le créancier aura le droit de rétention ; il ne sera forcé de se dessaisir qu'autant que la libération du débiteur sera complète; et cela, lors même qu'aucune stipulation n'aurait affecté ce gage au payement de la seconde dette. C'est ce que décide notre article par imitation de la loi unique au C., *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse* [3]. Pourquoi cependant le gage couvre-t-il une dette à laquelle il n'a pas été nommément affecté? Pourquoi n'est-il pas restreint à celle qui porte expressément sur lui? Parce que le débiteur serait de mauvaise foi s'il voulait retirer le gage avant d'avoir entièrement satisfait le créancier. *Propter exceptionem doli mali*, dit l'empereur Gordien dans la loi précitée. *Improbe facit debitor*, ajoute Cujas [4]; et son injustice doit être châtiée.

463. Nous remarquerons toutefois une différence entre la loi de Gordien et notre article. La loi romaine attribuait le droit de rétention à toute espèce de créance, sans distinguer si l'origine en était antérieure ou postérieure à la constitution du gage. Notre article est plus restreint. Il n'attribue le droit de rétention qu'à la créance contractée postérieurement à la constitution du gage. Dans cette situation, il suppose que si le créancier déjà nanti d'un gage n'en demande pas un second pour la nouvelle dette qui devra être acquittée avant la première ou en même temps qu'elle, c'est indubitablement parce qu'il a considéré le gage dont il est déjà saisi comme suffisant pour répondre des deux dettes [5].

464. Mais, notez-le bien, la disposition dont il s'agit ici n'est que pour le cas où la seconde dette est exigible au moment où il s'agit de purger le gage. C'est seulement alors que l'équité de sa disposition ne comporte pas d'objection. Comment alors le débiteur pourrait-il être admis à dire : *Je reconnais que je vous dois l'une et l'autre somme ; mais je veux retirer le gage en vous payant seulement la première?* Une telle exception ne serait-elle pas choquante [6]? Pourrait-on tromper l'espérance du créancier et admettre le débiteur à diviser ses deux dettes et à réclamer son gage sans payer tout ce qu'il doit [7]?

465. Ceci entendu, il faut savoir cependant que le deuxième paragraphe de notre article, étant fondé sur l'exception *doli mali*, n'est opposable qu'au débiteur; et la constitution de Gordien déclare expressément que la rétention ne milite pas contre les créanciers de bonne foi [8]; ce qui, pour le dire en passant, achève de mettre en lumière le caractère que nous avons attribué au droit de rétention. Il en est de même dans l'esprit de notre article. Le créancier ne pourrait certainement pas se prétendre privilégié contre les tiers, à moins qu'il n'eût rempli les formalités prescrites par l'article 2074 du Code civil. Il ne pourrait pas

---

[1] Dall., 34, 1, 371. *Pasicrisie*, à cette date.
[2] Gmelin, *De jure pignoris*. § 52.
[3] Voy. mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, no 256. Grenier, des *Hypoth.*, t. 2, nos 298 et 314. Cujas, sur cette loi, dit : « Qui pignus accepit ex causa » certæ pecuniæ creditæ, etiam id pignus retinere » potest, opposita exceptione doli mali ex causa » alterius pecuniæ creditæ sine pignore. »
[4] *Loc. cit.*
[5] Berlier, *Motifs*, Fenet, t. 15, p. 208.
[6] Berlier, disc. au conseil d'État (Fenet, t. 15, p. 197, 198).
[7] Berlier. *Motifs* (*loc. cit.*).
[8] Cujas, *loc. cit.* Doneau, sur la loi 1, C., *etiam ob chirograph.*, no 4.

davantage leur opposer le droit de rétention [1].

466. Ces idées sont applicables en droit commercial toutes les fois que, d'après l'article 95 du Code de commerce, la rédaction d'un acte conforme aux dispositions de l'article 2074 est nécessaire. Alors, point de privilége, point de rétention contre les tiers.

467. Il en est autrement alors que la preuve du gage n'est assujettie à aucune formalité solennelle et que la certitude de son existence dépend des circonstances; ce qui, en matière de commerce, est le cas le plus fréquent. En effet, dans l'usage, on suppose que les secondes sommes versées n'ont été avancées par le créancier qu'en contemplation du gage dont il était déjà nanti, et que les parties ont entendu que le nantissement couvrirait tout ce qui était dû au moment du règlement de compte. Telle est la pratique commerciale; elle n'est nullement contestée dans les cas de consignation exempts de l'empire de l'article 2074. Nous en avons vu ci-dessus des exemples notables [2]. Toutes les fois que, dans ces cas, un négociant est nanti d'un gage, il est sous-entendu que toutes les avances ultérieures se portent sur ce gage et l'affectent nécessairement.

468. Voyons maintenant dans quels cas cesse le droit de rétention.

Le premier est celui d'abus de la part du créancier dans l'usage de la chose donnée en gage. Le débiteur a alors l'action pigneratice pour se la faire rendre même avant d'avoir payé [3]. C'est ce qui résulte de notre article et ce qu'Ulpien décide formellement dans la loi 24, § 3, D., *de pigner. act.* Le gage est dissous, dit ce jurisconsulte, et il est dissous sur-le-champ : « Quare si prostituit ancillam, vel aliud improbatum facere coegit, illico pignus ancillæ solvitur. »

Dans l'espèce prévue par Ulpien, la thèse est celle d'une femme esclave mise en gage et que le créancier a prostituée. Il ne faut pas croire, avec quelques auteurs [4], que la dissolution du gage est restreinte au seul cas où le créancier fait de la chose un usage contraire aux lois et à l'honnêteté. La pensée d'Ulpien doit être étendue à tous les cas où l'abus met la chose en péril.

469. Le second cas qui fait cesser la rétention est celui où le débiteur paye au créancier l'intégralité de ce qu'il lui doit en capital, intérêts et frais. *Omnis pecunia exsoluta esse debet ut nascatur pigneratitia actio* [5].

Nous disons qu'il doit payer la totalité de ce qui est dû. En effet, un payement partiel serait insuffisant. Le gage est indivisible, comme nous le verrons par l'article suivant [6]. Il répond pour le tout de chaque partie de la dette. Lors même que la plus grande partie de la dette aurait été payée, le créancier serait en droit de retenir le gage pour le restant. *Pignus totum et in solidum durat,* disent les docteurs [7].

470. Que si, au contraire, la dette a été entièrement payée, le gage manque de cause pour l'avenir, et, l'obligation principale ayant pris fin, l'accessoire doit, par une conséquence nécessaire, s'évanouir [8]. Le gage cesse donc, et cesse *ipso jure* : « Qui ipso jure liberatur pignus, » dit Cujas [9]. L'action pigneratice a pour but d'obtenir alors la restitution.

471. Au payement il faut assimiler tout ce qui, d'après les principes ordinaires du droit, équivaut à payement [10] : la compensation, la novation, etc., etc.

472. Si, du reste, la novation était accompagnée d'une réserve expresse pour le maintien du gage, il faudrait respecter cette volonté des parties, et l'action pigneratice en restitution manquerait de base [11].

473. La renonciation du créancier au gage qui lui a été donné fait aussi cesser la rétention et donne ouverture à l'action pigneratice. *Et generaliter*, dit Ulpien, *dicendum erit, quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum... licet in hoc deceptus sit* [12].

474. On demande si le créancier est censé avoir renoncé alors qu'il est resté trente ans sans réclamer son dû, et si par suite le débiteur, se prétendant libéré, a droit au retrait de la chose?

La négative nous paraît certaine. Le débiteur, en laissant le gage dans les mains du créancier, a perpétuellement reconnu son droit, et celui-ci n'avait rien à faire pour le sauvegarder. On ne peut donc lui opposer ni prescription, ni renonciation implicite équivalant à prescription [13].

Au surplus, nous reviendrons sur ce point dans notre commentaire de l'article 2087 du Code civil [14]. Il est plutôt de nature à trouver sa place dans l'antichrèse que dans le gage mobilier.

475. Dans le droit commercial, on appelle du nom de revendication le retrait de la chose des mains du gagiste [15]. Cette dénomination

[1] Duranton, t. 18, n° 567. Zachariæ, t. 3, p. 172, note 5; édit. belge, t. 2, § 434.
[2] *Suprà*, n°s 148, 217, 221, 222, 223, 227.
[3] Pothier, n° 51.
[4] Schilling, § 223, n° 8, note 7, add. 2; et Favre, *Ration.*, sur la loi précitée.
[5] Ulp., l. 9, § 3, D., *de pign. act.*
[6] N° 470.
[7] Favre, sur la loi précitée. *Infrà*, n° 538.
[8] L. 5, §§ 2 et 3, et l. 6, D., *de pign. et hypoth.* L. 43, D., *de solut.*
[9] L. 40, § dernier; l. 3 et l. 12, § 5, D., *de pign. quæ potiores act.* (*Respons.* Papin, lib. 3).
[10] Ulp., l. 9, § 3, D., *de pign. act.*
[11] Ulp., l. 11, § 1, D., *de pign. act.*
[12] Ulp., l. 9, § 3, D., *de pign.* Pothier, n° 50.
[13] Duranton, t. 18, n° 553.
[14] *Infrà*, n° 551.
[15] Arg. de l'art. 575, C. de comm. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 360.

n'est pas déplacée; car le débiteur qui s'est libéré exerce son droit de propriété, et la revendication n'est que le droit de propriété mis en action.

476. L'action en restitution de la chose engagée n'est pas sujette à prescription [1]; car le créancier qui a commencé à posséder comme gagiste est censé continuer à posséder à ce titre [2].

477. Il en est autrement lorsque le débiteur, après avoir payé tout ce qu'il doit, ne retire pas le gage. Le payement a fait commencer un nouvel état de choses. La cause de la possession est changée; ce n'est plus comme gagiste que possède le créancier; il n'y a plus qu'une action ordinaire et personnelle pour retirer la chose, action qui s'éteint par trente ans [3].

478. Si le créancier ne possède plus la chose engagée, l'action se prescrit par le laps de trente ans. Ce laps de temps fait supposer que le débiteur s'est libéré, et que tout a été soldé et acquitté de part et d'autre [4].

479. La prescription de trente ans aurait également lieu si le débiteur avait prouvé que la chose dont il demande la restitution a péri par la faute du créancier. Toutes les actions se prescrivent par trente ans [5]. Il n'y a pas d'exception pour celle-ci qui n'est qu'une action pour la réparation d'une faute.

Article 2083.

Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur et ceux du créancier.

L'héritier du débiteur, qui a payé sa portion de la dette, ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage, tant que la dette n'est pas entièrement acquittée.

Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de la dette, ne peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés.

SOMMAIRE.

480. Le gage est indivisible.
Application de ce principe aux héritiers du débiteur qui veulent retirer le gage.
481. La divisibilité de la dette ne fait pas que le gage soit divisible.
482. De la divisibilité du gage entre les héritiers du créancier.
483. Application de la divisibilité du gage au cas où le créancier veut remettre la chose aux héritiers du débiteur.

COMMENTAIRE.

480. Le gage est indivisible [6]: *indivisa pignoris causa est*, dit Papinien [7]. C'est en vertu de ce principe que nous avons vu ci-dessus le payement partiel impuissant pour libérer le gage partiellement.

Ce que le débiteur ne saurait faire en vertu de son propre droit, ses héritiers, qui le représentent, ne peuvent le faire en vertu du droit qu'ils tiennent de lui. Si donc il laisse plusieurs héritiers, celui d'entre eux qui aura payé sa part ne sera pas fondé à réclamer la restitution de sa part du gage. Le gage ne doit sortir des mains du créancier qu'autant que la dette est entièrement acquittée.

481. Peu importe que la dette soit divisible de sa nature. Le créancier ne refusera pas de reconnaître cette divisibilité en recevant la part afférente que l'un des héritiers vient verser dans ses mains; mais il retiendra tout le gage pour le surplus, parce que le gage répond, dans chaque partie et dans sa totalité, de chaque partie de la dette [8].

---

[1] L. 10 et 12, C., *de pign. act. Infrà*, n° 542.
[2] Mon comm. de la *Prescription*, t. 2, n° 479. Je cite les autorités. *Junge* Pothier, n° 55.
[3] Mon comm. de la *Prescript.*, t. 2, n° 480. Duparc-Poullain, t. 6, p. 256, n° 9.
[4] Mon comm. de la *Prescript.*, t. 2, n° 478. *Id.* du *Prêt*, n° 95. *Id.* du *Dépôt*, n° 74.
[5] Pothier, n° 55. Mon comm. du *Prêt*, n° 95.
[6] Pothier, n° 43. Arrêt de Provence du 21 juin 1672 Boniface. 4, 8, 11, 2. *Infrà*, n° 558. L. 9, § 3, D., *de pign. act. Suprà*, n° 459.
[7] L. 65, D., *de evict.* (lib. 8, *Quæst.*).
[8] Pothier, n° 44.

482. Réciproquement, le décès du créancier et son remplacement par ses héritiers n'autorisent pas l'un de ceux-ci, lorsqu'il a reçu sa part de la dette, à remettre une partie du gage, au détriment de ses cohéritiers. Le nantissement ne se divise pas.

483. Comme le gage est assimilé à un dépôt par l'article 2079, le créancier qui veut faire la restitution du gage aux héritiers du débiteur décédé doit suivre les règles indiquées au titre du *Dépôt* par l'article 1939 du Code civil [1].

Article 2084.

Les dispositions ci-dessus ne sont applicables ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gage autorisées, et à l'égard desquelles on suit les lois et règlements qui les concernent.

SOMMAIRE.

484. L'art. 2084 réserve les prérogatives du droit commercial; car le commerce se lie à des vues supérieures de politique et d'administration.
485. Les articles ci-dessus ne sont pas applicables aux maisons de prêt sur gage autorisées.
Origine des monts-de-piété. Leur développement.
486. But des monts-de-piété.
487. Comment l'usure s'y introduisit.
Efforts des papes pour la proscrire.
488. Difficultés qu'éprouvèrent les monts-de-piété pour pénétrer en France.
489. Lettres patentes de Louis XVI.
490. Régime actuel des monts-de-piété.
491. Ils sont dans l'intérêt des pauvres.
492. Ils ont le monopole public des prêts sur gage.
493. Comment ceci doit s'entendre.
494. Utilité des monts-de-piété. Mais leur régime est susceptible de notables améliorations.

COMMENTAIRE.

484. Le commerce se lie à des vues supérieures de politique et d'administration [2]; il a des règles propres, et il ne faut pas trop étroitement l'enlacer dans celles du droit civil. Notre article lui réserve donc ses droits [3]. Nous avons vu ci-dessus, dans notre commentaire de l'article 2074, quelle en est l'étendue. Ce point est de la plus haute importance. Mais les développements que nous lui avons déjà donnés nous dispensent de nous y arrêter plus longtemps.

485. Notre article met aussi dans une situation particulière les maisons de prêt sur gage autorisées.

L'origine de ces maisons est toute italienne. Au xv[e] siècle, l'usure faisait des maux infinis en Italie, tellement que, dans l'espace de trois ans, les intérêts égalaient le capital [4]. Un moine italien, nommé Barnabé de Terni, de l'ordre des Frères mineurs, conçut l'idée d'organiser une sorte de banque de prêts gratuits, formée avec les capitaux versés par des personnes charitables, et destinée à venir en aide aux pauvres emprunteurs. Cette idée, émise dans la chaire, se réalisa pour la première fois à Pérouse vers 1450, sous les auspices de Barnabé de Terni; on donna à cette fondation le nom de *monte di pietà*, mont-de-piété. Ce mot, *mons*, est une expression figurée qui signifie une réunion de capitaux formée avec l'assentiment de l'autorité pour un intérêt public [5].

Bientôt les monts-de-piété se multiplièrent en Italie; ils se répandirent dans les principales villes italiennes vers la seconde moitié du xv[e] siècle et au commencement du xvi[e].

Les papes les prirent sous leur protection; le concile de Trente les encouragea et les recommanda au zèle des évêques [6]. On les considérait comme des fondations pieuses : *sacer mons pietatis* [7]; et les jurisconsultes [8] comparaient le mont-de-piété de Rome au temple de Jérusalem qui recevait les dépôts des veuves et des pupilles [9]. Ils eurent cependant leurs adversaires et même leurs diffamateurs [10]. Des théologiens, scrupuleux à outrance sur le fait du prêt à intérêt, ne virent en eux que des fondations illicites. Mais ces

---

[1] Mon comm. du *Dépôt*.
[2] Gary, orat. du tribunat. Fenet, t. 15, p. 219.
[3] Sur la proposition du tribunat. Fenet, t. 15, p. 199.
[4] Deluca, *Miscell. eccles.* Disc. 36, n° 1.
[5] Deluca, *De locis montium*, c. 1, n° 2.
[6] Sess. 22, c. 11, *De ref.* Durand de Maillane, v° *Mont-de-piété*.
[7] Deluca, *loc. cit.*, n[os] 10 et 11.
[8] *Id.*
[9] Maccbab. 3
[10] Ma préface du *Prêt*.

exagérations ne nuisirent pas à leur développement.

De l'Italie, ils passèrent en Allemagne, dans les Pays-Bas, en Hollande. Ils eurent en France moins de faveur. On ne les accueillit que dans les villes méridionales voisines de l'Italie.

486. Le but des monts-de-piété était de prêter aux pauvres, et, à cause de cela même, de ne prêter que sur gages, afin que le capital ne fût pas épuisé par les non-recouvrements. Si, à l'échéance, l'emprunteur ne payait pas, on vendait les gages, et avec le produit on payait le mont-de-piété; le reste se rendait à l'emprunteur. Quand l'emprunteur venait retirer son gage, on lui retenait une modique somme, non à titre d'intérêt, mais pour l'entretien des employés et les frais d'administration [1].

487. Comme la piété des fidèles n'était pas suffisante pour entretenir par des mises gratuites la dot des monts-de-piété, ces établissements furent contraints plusieurs fois d'emprunter à intérêt, et, par conséquent, de se faire payer des intérêts par leurs propres emprunteurs. Alors des abus graves faussèrent la pensée primitive de l'institution. L'usure, qu'on voulait épargner aux pauvres, prit son siége officiel dans les monts-de-piété euxmêmes; il fallut que l'autorité papale intervînt pour mettre des bornes à ces spéculations contraires au bien public. Grégoire XIII, par un bref de 1580, défendit aux monts-de-piété d'emprunter à des intérêts usuraires qui, en définitive, retombaient sur les pauvres. Tout ce qu'il leur permit, ce fut de recevoir de l'argent de certains négociants, qui, au lieu de mettre des fonds dans leur commerce pour en retirer de gros profits, aimeraient mieux les colloquer charitablement dans les monts-de-piété, au taux de 4 pour cent [2].

488. Nous avons dit que la France n'avait pas accueilli avec le même élan que l'Italie les monts-de-piété. On essaya de les y introduire sous Louis XIII [3]. La tentative n'eut pas de succès. L'archevêque de Paris, assisté de dix-huit théologiens des plus célèbres, y vit des empêchements. En 1643, la première année du règne de Louis XIV, le gouvernement reprit l'idée de pareilles créations. Reconnaissant, d'une part, que : « le trafic de l'emprunt et » du prêt d'argent était très-utile et très-né» cessaire dans ses États, » et que, de l'autre : « la pratique de l'usure était très-perni» cieuse [4], » il vit dans les monts-de-piété un moyen convenable de soulager les emprunteurs et d'abolir le criminel usage des usures. Une déclaration de 1643 en prescrivit l'établissement dans tout le royaume. Mais la régente Anne d'Autriche la fit révoquer [5]. Les opinions n'étaient pas mûries sur ces établissements charitables, et le jugement qu'on en portait se peint à merveille dans cette définition donnée par Brillon des monts-de-piété : « ***Pieuse, avare et utile invention, qui a ses » partisans et ses critiques*** [6]. »

489. Ce ne fut que sous le règne de Louis XVI que, par lettres patentes du 9 décembre 1777, le gouvernement constitua le mont-de-piété de Paris [7].

490. Le régime actuel des monts-de-piété est déterminé par le décret du 24 messidor an XII. C'est là qu'on trouve ce qui concerne les conditions et formes des prêts, les dégagements et revendications des objets donnés en nantissement, la forme de la vente de choses engagées.

491. Les monts-de-piété sont exclusivement dans l'intérêt des pauvres [8]. Un avis du conseil d'État du 6 juin 1807, approuvé par l'empereur le 12 juillet suivant, défend d'y introduire la spéculation, et de les constituer par actions au profit d'étrangers. Les monts-de-piété ne doivent se proposer que la bienfaisance publique, et ce serait les détourner de leur but que d'y associer des capitaux ayant en vue le partage de bénéfices. Il ne peut par conséquent être accordé de monts-de-piété qu'aux villes où la caisse municipale et celle des hospices, ou l'une des deux, fournissent un capital suffisant à la mise en action de l'établissement.

492. Les monts-de-piété ont le monopole public des prêts sur gage. Nulle maison de prêt sur gage ne peut être établie qu'au profit des pauvres et avec l'autorisation du gouvernement [9]. Ce n'est pas que la loi prenne ombrage des prêts sur nantissement faits par les particuliers pour leurs affaires ou pour leur commerce. Elle aurait été déraisonnable si elle avait enlevé au crédit cette base si commode et si fréquente d'opérations importantes. Mais ce que la loi défend, c'est l'ouverture publique d'une maison de dépôt où, sur la foi d'un simple individu, sans garantie, sans autre surveillance que celle qui résulte de l'action ordinaire de la police, une foule de citoyens, pressés par le besoin, appelés par une indication expresse, vont déposer, sur un récépissé non authentique, une portion souvent considérable de leur propriété [10]. Il est facile de sentir (disait l'orateur du gouvernement en présentant au corps législatif le projet de la loi du 16 pluviôse an XII) que si, en général, toutes les transactions sociales doivent être libres, il en est auxquelles l'intérêt

---

(1) Durand de Maillane, *loc. cit.*
(2) *Id.*
(3) Février 1626 Brillon, v° *Mont-de-piété.*
(4) *Id., loc. cit.*
(5) Brillon, v° *Mont-de-piété.*
(6) *Loc. cit.*
(7) Merlin, *Rép.*, v° *Mont-de-piété.*
(8) L. du 16 pluviôse an XII.
(9) L. du 16 pluviôse an XII. Art. 411, Code pénal.
(10) Arrêt du parlement de Paris du 1er mars 1644. Brillon, v° *Gage*, n° 3.

commun prescrit de donner des règles spéciales plus sévères, et dans lesquelles l'autorité protectrice doit en quelque sorte intervenir pour garantir la faiblesse de l'oppression, l'ignorance de l'erreur, pour soustraire le besoin à la cupidité et la misère à la spoliation [1].

493. On voit par là que la sage prohibition dont il est ici question n'a rien d'inquiétant pour le commerce ; les prêts sur nantissement, qui sont l'âme des opérations de place en place, n'en sont nullement affectés. Il n'y a pas, en effet, la moindre comparaison à établir entre les maisons de prêt sur gage et les maisons de banque qui prêtent avec les sûretés exigées par la prudence et autorisées par la loi civile et commerciale.

494. Les monts-de-piété sont très-utiles. Mais, à côté de leurs avantages, ils ont des inconvénients que les économistes ont signalés [2]. On regarde leur régime comme susceptible de notables améliorations. Nous ne nous occuperons pas ici de ces questions. Elles tiennent à l'économie politique et à l'administration ; elles seraient déplacées dans un livre de jurisprudence.

---

[1] *Répert.* de Merlin, v° *Maisons de prêt sur nantissement.*

[2] Ch. Dupin, *Forces productives et commerc. de la France.* De Watteville, *Des monts de-piété en France*, 1846. Blaise, *Des monts-de piété en France.* Arnould, *Situat. des monts-de piété en Belgique.*

CHAPITRE II.

DE L'ANTICHRÈSE.

Article 2085.

L'antichrèse ne s'établit que par écrit.

Le créancier n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance.

SOMMAIRE.

495. De l'antichrèse. Son caractère.
496. Signification du mot antichrèse.
Dispute de Saumaise avec les jurisconsultes sur ce point de grammaire. Vinnius partage l'opinion de Saumaise qui est très-vraisemblable.
L'antichrèse n'engendre pas de droit réel.
497. Définition de l'antichrèse par Marcianus. Quel est son caractère distinctif?
498. Comment elle se concilie avec les lois relatives aux taux de l'intérêt.
499. Suite.
500. Suite.
501. Le droit canonique la condamne.
502. Il y fait cependant quelques exceptions.
503. Les prohibitions du droit canonique furent reçues en France par le droit commun; l'antichrèse, autrement appelée *mort-gage*, n'était pas généralement pratiquée. On n'admettait que le *vif-gage*. Il y avait cependant quelques provinces où il en était autrement. Caractère que le mort-gage y revêtait.
504. Des contrats appelés engagements.
Leur caractère.
505. Des gagières.
506. Du contrat pignoratif.
507. La vente à réméré est quelquefois appelée contrat pignoratif. Mais cette dénomination est impropre.
508. Définition du contrat pignoratif distinct du réméré; c'était, autrefois, une antichrèse déguisée.
509. Il y avait des pays où le contrat pignoratif était permis.
510. Suite. Son caractère dans le Lyonnais.
511. Résumé.
512. L'antichrèse a été introduite dans le Code civil par amendement.
513. Définition de l'antichrèse.
Différences qui existent entre elle et le gage.
514. De la preuve de l'antichrèse.
515. Suite.
516. Caractère de l'antichrèse, telle qu'elle existe dans le Code civil.
517. Des personnes capables pour constituer l'antichrèse.
518. De l'usufruitier.
519. Celui qui n'a que le pouvoir de faire des actes d'administration peut-il constituer une antichrèse?
520. De la femme séparée de biens.
521. Suite.
522. Quiconque peut disposer de la chose peut la donner à antichrèse.
523. Si la femme qui s'est réservé le droit de vendre sa dot est censée avoir le droit de la donner à antichrèse.
524. L'antichrèse ne confère pas de droit réel. Elle n'engendre pas droit de suite; elle ne confère qu'un droit de rétention.
525. Différence de l'antichrèse avec le bail et l'usufruit.
526. L'antichrèse est réputée meuble.
527. L'antichrésiste peut passer des baux d'une durée ordinaire.
Pourrait-il faire un bornage?
528. Pourquoi l'antichrèse, quoique licite aujourd'hui, affecte quelquefois les formes des contrats d'aliénation.
529. Esprit de ces dissimulations et conséquences qu'elles doivent avoir. Elles doivent être respectées, à moins qu'elles ne cachent des fraudes.
530. Condition nécessaire pour que l'impignoration ait des rapports avec la vente.
531. Les tribunaux ont un pouvoir souverain pour apprécier si l'acte est vente ou impignoration.
532. L'antichrèse contient une dation en payement.
533. Comment l'antichrésiste peut se procurer la perception des fruits.
534. Des conventions relatives aux fruits et des forfaits.
535. Du règlement de compte entre l'antichrésiste et le débiteur.
536. Suite.
537. Suite.
538. Suite.

COMMENTAIRE.

495. L'antichrèse est le nantissement des immeubles [1]; nantissement *sui generis* et que le Code civil a bien fait de distinguer du nantissement des meubles, non-seulement à raison de l'objet qui fait le siége du contrat, mais à raison des droits qui sont attachés à l'antichrèse. Son caractère et son utilité principale sont que le créancier se paye par ses mains sur les fruits [2]. Nous avons dit ci-dessus comment les Grecs en fournirent l'idée aux Romains. Ceux-ci, en l'adoptant, la lièrent au *pignus*, et en firent découler l'action pigneratice [3].

496. Le mot grec *antichrèsis* signifie, suivant la plupart des jurisconsultes, l'usage donné au créancier par réciprocité : *mutuus pignoris usus pro credito*. Saumaise a jeté les hauts cris sur cette définition du mot grec *antichresis* [4]. Il prétend que ces jurisconsultes n'ont pas su ce que c'est que l'antichrèse; et il demande hardiment aux docteurs du droit civil la permission de leur apprendre, lui qui n'est pas docteur, ce qu'ils devraient ne pas ignorer. L'antichrèse n'est, suivant lui, qu'un prêt réciproque, *contrarium mutuum*. Le débiteur qui a reçu de l'argent fait, de son côté, un prêt au créancier, en lui livrant une chose dont il perçoit les fruits en compensation des usures. Le créancier a prêté; le débiteur a contre-prêté : *alter mutuat, alter remutuat.*

Cette discussion grammaticale a occupé de très-graves auteurs, et Vinnius a prêté à Saumaise l'autorité de son nom [5]. Noodt, au contraire [6], soutient que Saumaise n'est pas dans le vrai, et qu'il est blâmable de s'être mêlé, sans y être obligé, de choses qu'il ne connaissait pas [7]. D'après Noodt, il est bien difficile de croire que l'antichrèse puisse être assimilée à un prêt (*mutuum*). Marcianus en fait une variété du nantissement : *cum pignus sit*; et tous les textes semblent lui maintenir ce caractère.

J'avouerai cependant que le système de Saumaise et de Vinnius me paraît bien séduisant et bien ingénieux. En voici le court résumé :

Il ne faut pas confondre, disent-ils, l'antichrèse avec le gage accompagné du pacte d'antichrèse. L'antichrèse est un contrat qui par lui même n'entraîne pas impignoration de la chose; elle n'a qu'un but, c'est d'opérer un prêt mutuel. Rien n'empêche cependant de joindre à ce prêt une impignoration de l'immeuble dont les fruits se compensent avec les intérêts. Cette convention doit être respectée; elle est valable, et elle donne au créancier une sûreté dans la chose que la simple antichrèse ne lui procure pas. Ces nuances se trouvent bien marquées dans les textes; il suffit d'y faire attention. L'antichrèse pure et simple est formulée dans les lois 11, § 1, D., *de pignorib.*, et 14, C., *de usuris*. Le gage avec pacte d'antichrèse trouve son exemple dans la loi 17, C., *de usuris*, et dans la loi 39, D., *de pign. act.* Quand le gage est constitué avec pacte d'antichrèse, c'est la chose même qui est le siége de l'impignoration. Mais quand il n'est intervenu qu'un simple contrat d'antichrèse, la chose n'est pas affectée de plein droit. Voyez, en effet, Marcianus, dans la loi 11, § 1, D., *de pignorib.* Il se garde bien de dire que la chose est engagée par l'antichrèse. Il dit que la possession tient lieu de gage au créancier. *Retinet possessionem pignoris loco.* La chose même n'est donc pas engagée [8].

Je le répète : tout cela procède d'une très-fine observation. Pour mon compte, sans prendre parti sur la discussion grammaticale que Saumaise a soulevée, je suis très-porté à croire que l'antichrèse, par elle-même, différait profondément du *pignus* : non pas qu'à l'égard du débiteur, elle n'eût des affinités très-grandes avec le *pignus*; car l'on en fit découler l'action pigneratice; mais, en ce qui concerne les tiers, je ne crois pas qu'elle ait été investie du droit réel qui appartenait au *pignus* proprement dit. A ce point de vue, la distinction de Saumaise et de Vinnius est pleine d'intérêt. Elle explique pourquoi nous retrouvons dans le Code civil l'antichrèse destituée du droit réel.

497. L'antichrèse est très-bien caractérisée par Marcianus [9]. Le débiteur donne au créancier la jouissance d'un immeuble; celui-ci en perçoit les fruits au lieu des intérêts, et retient la possession *loco pignoris*, jusqu'à ce que ce qui lui est dû lui soit payé. Le propre de l'antichrèse c'est la compensation des fruits et des intérêts. Telle est sa loi [10]. Quand on stipulait que les fruits seraient perçus en extinction du capital [11], ce n'était pas le contrat d'antichrèse [12], c'était le *pignus* ordinaire [13]. Voet a donné de l'antichrèse une description très-bonne à rappeler : « Præcipue probatum

[1] Chauveau, t. 4, n° 3119. Loi du 22 frimaire an VII, art. 15 et 60, § 3.
[2] Hevin sur Frain, p. 319.
[3] Marcianus, l. 33, D., *de pigner. act.* Paul, l. 8, D., *in quibus caus. pignus.*
[4] *De modo usur.*, p. 618.
[5] *Quæst. select.*, 2, 7.
[6] II, observat. 9 et 10.
[7] *Loc. cit.*, obs. 10.
[8] Saumaise, p. 620 et 626.
[9] L. 11, § 1, D., *de pignor. et hypoth.*
[10] Cujas, sur les Décrétales, t. 20. *Infrà*, n° 503 et 513.
[11] L. 1 et 2, C., *de pigner. act.* L. ult., C., *loc. cit.* Modestin, l. 39, D., *de pign. act.*
[12] Cujas, *loc. cit.*
[13] Cujas, *loc. cit.* Championnière et Rigaud, t. 4, n° 3120.

» in pignoribus pactum antichreseos, quo id » agitur, ut creditor utatur pignore vicem in » usurarum, donec debitum solutum fuerit, » sive ipse ædes inhabitando, fundosve colendo, » percipere fructum, aut utilitatem velit, sive » aliis elocare [1]. »

Quelquefois, du reste, le mot antichrèse se prend pour la chose engagée, quelquefois pour la convention par laquelle la chose est engagée [2].

498. L'opinion la plus généralement accréditée parmi les jurisconsultes [3] est que l'antichrèse ne fut pas affectée chez les Romains par les événements qui modérèrent le taux des intérêts. Les fruits de la chose, alors même qu'ils étaient plus considérables que les intérêts de la créance, n'en étaient pas moins perçus en totalité par le prêteur [4]. La raison que donnent ces jurisconsultes, est, d'après les textes, que les revenus des immeubles ont quelque chose d'aléatoire. Quelquefois ils sont nuls ou de très-minime valeur, et la chance des mauvaises années doit compenser la chance des bonnes [5]. « *Obtentu majoris percepti emolumenti, propter » incertum fructuum eventum, rescindi placita » non possunt.* » Ce sont les paroles de l'empereur Philippe [6].

499. Toutefois, s'il était certain que les fruits fussent supérieurs aux usures, si cette incertitude dont parle Philippe disparaissait, Doneau pense, sur le fondement de la loi 1, § 3, au D., *de pignorib.*, que la convention était excessive [7]. Nous reviendrons, au n° 568, sur le point de droit.

500. Justinien, prenant en considération l'état des agriculteurs dans les provinces de la Thrace, défendit aux créanciers de faire des contrats d'antichrèse avec eux [8].

501. Le droit canonique fut plus sévère. Il condamna l'antichrèse. Compenser les fruits avec les intérêts, c'eût été supposer que des intérêts pouvaient être stipulés, et le droit canonique n'admettait pas cette possibilité [9]. Le pape Martin V fut obligé de s'élever derechef, en 1429, contre la pratique de l'antichrèse, à laquelle il n'était pas rare de voir les monastères et les chapitres recourir pour s'assurer des revenus usuraires [10].

502. Deux cas cependant étaient exceptés.

Le premier avait lieu lorsque le vassal donnait au seigneur à antichrèse la chose qu'il tenait de lui. La raison pour laquelle l'antichrèse était alors tolérée était que, pendant le temps de l'engagement, le vassal était exempt des services qu'il devait au seigneur *ratione feudi*; alors donc on supposait que le seigneur percevait les fruits, non pas *loco usurarum, sed vice servitii* [11].

Le second cas avait lieu [12] lorsqu'un beau-père donnait un immeuble à antichrèse à son gendre pour sûreté de la dot promise. Les fruits perçus par le gendre n'étaient pas censés entrer en compensation avec les intérêts du capital; on les considérait comme servant à l'entretien du ménage. Pierre de Fontaine fait mention de cette sorte d'antichrèse et la représente comme usitée dans les contrats de mariage [13].

503. Ces prescriptions du droit pontifical eurent de l'autorité en France. L'antichrèse y était presque généralement improuvée [14]. Nonobstant la clause que le créancier percevrait les fruits pour lui tenir lieu des intérêts, le débiteur était fondé à exiger le compte des fruits [15]. Le droit commun français n'admettait que le vif-gage, c'est-à-dire celui qui s'acquittait de lui-même et dont le créancier prenait les fruits en payement de sa dette [16]. Est-ce par cette espèce d'engagement que nous voyons Joinville mettre la meilleure partie de sa terre en gage pour se procurer l'argent nécessaire pour aller à la croisade [17]? Ce qu'il y a de sûr c'est que le vif-gage était fort pratiqué en France [18]. Quant à l'antichrèse, on l'appelait *engage* en Bretagne [19], et plus généralement en France *mort-gage* [20], parce qu'elle ne s'acquittait pas d'elle-même et que les fruits appartenaient au créancier, en pure perte pour le débiteur. Elle était usuraire [21]. On n'admettait le mort-gage

[1] *De pign. et hypoth.*, n° 23. Voy. aussi Cujas, III, *observat.* 29.

[2] Noodt, *loc. cit.*, 9 : « Antichresin modo accipi » pro re quæ in antichresin datur, modo pro con- » ventione qua antichresis constituitur. »

[3] Cujas, sur la nov. 32, et *Observat.*, III, 35. Loyseau, *Déguerp.*, 1, 7, 12 et 13.

[4] L. 14 et 17, C., *de usur.*

[5] Cujas, sur la novelle 32.

[6] L. 17, C., *de usur. Infrà*, n° 557.

[7] Sur la loi 17, C., *de usur.*, n° 4.

[8] Novelle 32.

[9] *Decret. Gregor.*, lib 5, tit. 13, c. 2, *de usur.* Cujas, sur les Décrétales, tit. 20, et *De feudis*, c. 1. Dumoulin, *Des usures*, q 35. Loyseau, *Déguerp.*, liv. 1, ch. 7, n° 13.

[10] Ducange, v° *Pignus mortuum.*

[11] Cujas, *loc. cit. Decret. Greg.*, t. 20, c. 1, *de feud.*

[12] Cujas, *loc. cit.*, d'après le C., 16, *de usur.*

[13] Ch. 15, § 14.

[14] Loyseau et Dumoulin, *loc. cit.*

[15] Pothier, n° 20. Merlin, *Gage mort.*

[16] Ancienne cout. de Normandie, ch. 3. Bouteiller, liv. 1. ch. 25. Loisel, 3, 7, 2; et Delaurière sur Loisel. Hevin sur Frain, t. 1. p. 310.

[17] N° 62. p. 197; édit. de Poujoulat. *Suprà*, n° 18. Voy. la *Préface.*

[18] Hevin sur Frain, p. 312.

[19] Duparc-Poullain, t. 3, p. 121, d'après d'Argentré, art. 51 et 55, cout. de Bretagne. Hevin sur Frain, p. 310 et 311, soutient que d'Argentré s'est trompé et que l'*engage* est le vif-gage et non le mort-gage.

[20] Loyseau, *loc. cit.* Loisel, *loc. cit.* Brillon et Merlin, v° *Mort-gage*. Ducange, v° *Vadium et Pignus mortuum.*

[21] Delaurière sur Loisel, *loc. cit.*, et dissert. sur le *tenement de cinq ans.*

que dans les cas où le droit canonique admettait l'antichrèse [1], par exemple pour le mariage des filles, et, de plus, pour dons et aumônes faits à l'Eglise [2].

Tel était le droit commun. Le mort-gage passait même pour une convention si criminelle que tous les meubles de celui qui était convaincu de l'avoir exercé dans l'an de son décès étaient confisqués [3].

Il y avait cependant quelques exceptions, et le mort-gage ou antichrèse avait cours dans certaines provinces où le prêt à intérêt avait été admis par la jurisprudence [4]; mais ces exceptions ne faisaient que confirmer la règle générale de la prohibition [5].

Du reste, dans ces provinces, le mort-gage était presque toujours considéré comme une espèce d'antichrèse [6]. Ce contrat, comme l'antichrèse, n'était, en général, qu'un contrat pignoratif, et l'emmortgagiste ne possédait pas à titre de propriétaire; il n'avait qu'une possession précaire, et ne pouvait jamais prescrire la propriété du mort-gage [7].

Telle était la physionomie du mort-gage, au moins d'après le droit le plus général.

Cependant il est arrivé plusieurs fois, depuis les lois modernes, que la cour royale de Douai, interprétant les actes de mort-gage, a décidé que l'emmortgagement n'était qu'une vente à réméré [8].

Et l'on conçoit tout de suite la différence énorme de ces deux situations. S'il y a mort-gage, le possesseur n'a pu devenir propriétaire par aucune prescription. S'il y a seulement réméré, et que la faculté d'exercer le réméré s'ouvre sous le Code civil, le possesseur devient propriétaire si l'action en retrait n'a pas été exercée dans les cinq ans [9].

Je ne critique pas ces décisions. La cour de Douai connaît mieux que personne les traditions locales qui, dans les départements soumis à sa juridiction, fixaient le caractère du mort-gage; et cette manière de voir n'est pas incompatible avec certaines manières d'engager la propriété : témoin la fiducie des Romains [10]. Ce qu'il y a de certain, c'est que si le mort-gage avait dans l'ancienne Flandre le caractère que la cour de Douai lui attribue, c'était une exception aux idées généralement accréditées.

504. Il ne faut pas confondre avec l'antichrèse le contrat d'engagement pratiqué par les princes et les seigneurs pour emprunter de l'argent, et qui dans le moyen âge donna un certain mouvement à la propriété foncière.

L'engagement était plus voisin du mort-gage, tel que la cour royale de Douai vient de le définir, que de la vraie antichrèse [11].

Je sais que d'Aguesseau a soutenu que l'engagement n'était ni plus ni moins qu'une véritable antichrèse, et il appuie sur le sentiment de Chopin cette assertion, qui du reste lui est commune avec beaucoup d'autres auteurs [12].

« Qu'est-ce qu'un engagement, dit-il, si ce » n'est une convention par laquelle le roi, ou » tout autre débiteur, abandonne la jouissance » d'un de ses domaines pour tenir lieu des intérêts de l'argent qu'on lui prête jusqu'à ce » qu'il puisse le rendre à son créancier? C'est » ce que l'on connaît dans le droit romain sous » le nom d'antichrèse : *Antichresis est species » pignoris ita dati ut donec pecunia solvatur, » pignore creditor utatur, fruatur, in vicem » usurarum*, dit Cujas, après les lois et les » jurisconsultes [13]. »

Et plus bas il cite ces paroles de R. Chopin : « Improprie alienatus dicitur regis canon, qui » vere creditorum loco sunt, quibusque solummodo, pro tempore, facta est rei dominicæ » antichreseos quoad, debiti sorte soluta, fiscus » liberetur, atque pignoris causa dominium » non mutat. »

Je ne pense pas, toutefois, qu'il faille prendre à la lettre cette doctrine. Il est constant, en effet, que les engagements étaient nature d'immeubles dans les mains de l'engagiste [14]. Et cependant, comme nous le verrons plus tard, l'antichrèse n'attribuait au créancier que des droits mobiliers [15]. L'engagiste jouissait de tous les droits attachés à la chose, de tous les droits réels et utiles [16]. Il pouvait céder son droit; l'engagement pouvait être décrété sur lui [17], en sorte que cette tenure avait un

---

[1] *Suprà*, n° 502.
[2] Loisel, *loc. cit.*, 3.
[3] Hervin sur Frain, *loc. cit.*
[4] *Répert.*, v° *Mort-gage*. Catellan, *Arrêts notables*, liv. 3, ch. 1. Brillon, v° *Antichrèse*.
[5] On ne confondra pas, dans la lecture des anciens auteurs, le *vif-gage* et le *gage vif*, le *mort-gage* et le *gage mort*. Le gage vif était le gage vivant, comme un animal; le gage mort était un gage inanimé. La transposition de l'adjectif avait souvent, dans notre vieux langage, la puissance de changer le sens des mots; témoin : *bois mort* et *mort-bois* (Hevin sur Frain, p. 314).
[6] Loisel, *Instit. cout.* Merlin, *Répert.*, v° *Mort-gage*. Brillon, même mot. Ducange, v° *Vadium*. Hevin sur Frain, p. 310 et suiv.
[7] Cout. de la chambre de Lille, tit. 17, art. 6. Tournay, art. 34. Art. 2236, C. civ.
[8] 9 août 1834 (Dall., 36, 2, 93); *Pasicrisie*, à cette date. Cass., 19 janvier 1836 (Dall., 36, 1, 75); *Id.*
[9] Cass., 19 janvier 1836 (Dall., 36, 1, 75); *Pasicrisie*, à cette date.
[10] *Supra*, n° 5.
[11] Voy. notre *Préface*.
[12] Voy. Legrand sur Troyes, tit. 3, art. 34. Louet, lettre P, somm. X et XI.
[13] Seizième requête, t. 7, p. 278.
[14] Arrêt du parlement de Douai du 2 avril 1778. Merlin, v° *Engagement d'immeubles*. Voy. notre *Préface*.
[15] *Infrà*, n° 526.
[16] D'Aguesseau, *loc. cit.*
[17] Merlin, *loc. cit.*, p. 632, col. 2.

caractère de réalité dont l'antichrèse n'était pas investie. Aussi n'est-ce pas sans raison que la coutume de Troyes mettait sur une ligne parallèle l'engagement et la vente à réméré [1]; Legrand n'a rien compris à cela lorsqu'il reproche à la coutume d'avoir, par son peu de soin, confondu deux choses aussi différentes que l'antichrèse et la vente avec faculté de rachat. On sait bien (et je ne doute pas que les rédacteurs de la coutume ne sussent avec tout le monde) que l'antichrèse et la vente à réméré ne sont pas le même contrat. Mais ce n'est pas ce dont il s'agit. L'engagement se distingue de l'antichrèse par un caractère de réalité et d'affectation que n'a pas ce dernier contrat. Sous ce rapport, l'engagement se rapproche plus du réméré que du pacte antichrétique [2]. Si on jette les yeux sur la plupart des engagements domaniaux et autres effectués en si grand nombre par les rois et les seigneurs, on verra que ces concessions convergent bien plus vers le réméré que vers l'antichrèse, et ce n'est que pour les dispenser des lods et ventes qu'on leur donnait le nom d'engagement. Mais, en réalité, les engagistes étaient plus voisins de la propriété que de l'antichrèse; bien que leur titre fût précaire, ils avaient, pendant tout le temps de leur jouissance, des droits presque égaux à ceux du maître.

Du reste, rien n'est plus fréquent dans notre ancien droit que les contrats d'engagement. Les seigneurs et les princes, pressés par des besoins d'argent, engageaient des terres moyennant une somme qu'on leur remettait, et ils stipulaient une faculté de rachat. La diplomatique du moyen âge et même des temps postérieurs offre par milliers les contrats de cette espèce. J'en ai trouvé particulièrement un nombre incalculable dans l'histoire des évêques de Metz, Toul et Verdun, et dans l'histoire des ducs de Lorraine, à cause des nécessités d'argent auxquelles les soumettaient, malgré leurs grandes richesses, les ravages des guerres [3]. Par la suite des temps, beaucoup de titres d'engagements s'étant perdus, les détenteurs passèrent, d'une situation précaire ou résoluble, à la situation de propriétaires incommutables. Souvent aussi les seigneurs, privés de ressources pécuniaires, négligèrent l'exercice de leur faculté de rachat et la laissèrent s'oublier. C'est pourquoi, dans les procès qui remuent ces vieilles questions et mettent en lumière ces vieux titres, il arrive si souvent de voir des concessions, qui très-probablement ne furent dans l'origine que des titres d'engagements, se convertir plus tard en tenures de propriétaire. Ce n'est pas que le gagiste puisse jamais prescrire contre son titre [4]. Mais n'oublions pas qu'ici le possesseur était très-voisin de l'acheteur, qu'on le confondait, très souvent, avec lui, et qu'à la faveur de cette confusion, produite par l'ambiguïté des titres, il ne faisait que prescrire contre la faculté de rachat qui de soi a toujours été prescriptible [5]. Sans doute, beaucoup d'auteurs avaient soutenu que lorsque la faculté de rachat avait été stipulée à toujours, elle n'était pas sujette à prescription [6]. Mais on sait que leurs principes n'étaient pas partout adoptés. Ce n'est que dans les engagements du domaine public (engagements trop fréquents et trop immodérés) que le principe tutélaire de l'imprescriptibilité permettait d'opérer perpétuellement le retrait de la chose.

505. Il ne faut pas non plus voir le contrat d'antichrèse ou de mort-gage dans une tenure fort connue, dans la coutume de Metz et l'ancien territoire des trois évêchés, sous le nom de *gagière* [7]. Voici ce que j'en ai dit dans des conclusions que j'ai été appelé à donner en qualité d'avocat général près la cour de Nancy à l'occasion d'un procès très-considérable entre le domaine de l'État, successeur de l'évêque de Metz, et les héritiers Lebègue. Il s'agissait précisément de déterminer les caractères de la gagière.

« Toutes les personnes qui se sont livrées à l'étude des lois intermédiaires savent quelle affection nos ancêtres avaient pour la conservation des biens immeubles dans les familles. Une foule de restrictions élevaient des obstacles à leur aliénation. Cependant la propriété a besoin d'une certaine mesure de mobilité; les intérêts privés se soulevaient contre ces gênes et cherchaient à les éluder; c'est à ces efforts qu'il faut attribuer l'origine des *gagières*, si célèbres dans l'évêché de Metz.

» Pour l'intelligence du droit qui les gouvernait, il faut savoir que les biens vendus à réméré dans les coutumes de Metz, de l'Évêché et de la Lorraine, étaient considérés comme meubles tant que durait la faculté de rachat. Les biens ainsi aliénés échappaient donc aux prohibitions d'aliéner, puisque celles-ci ne frappaient que sur les immeubles. Il en était de même des contrats d'engagement et d'antichrèse, qui, d'après les mêmes principes, ne constituaient que des droits mobiliers.

» Partant de là, on s'avisa de cacher la qualité d'acquéreur sous celle d'engagiste, afin de pouvoir faire jouir les acquêts de la même liberté d'aliénation que les meubles. Cela se pratiquait dans l'origine au moyen de deux contrats et d'une personne interposée, au profit de laquelle on passait une vente simulée de l'immeuble; celle-ci mettait au même instant

[1] Tit. 3, art. 34.
[2] *Pactum antichreticum* est une locution employée par les interprètes.
[3] C'est ce que j'ai montré dans la *Préface*.
[4] Mon comm. de la *Prescript.*, t. 2, nº 481.
[5] Mon comm. de la *Vente*, t. 2, nº 708.
[6] *Loc. cit.*
[7] Brillon, vº *Gagière*.

l'acquêt en gage entre les mains du véritable acquéreur.

» Cet expédient parut commode. Il devint si fréquent, qu'à la fin du treizième siècle il était déjà légitimé par l'usage et considéré comme une forme d'acquérir propriétairement, laquelle donnait la liberté de disposer de la chose comme d'un meuble.

» Ces sortes d'acquêts prirent le nom de gagières, nom qui en apparence désignait un engagement, mais qui dans la réalité ne signifiait plus qu'un *immeuble mobilier*, si nous pouvons nous servir de cette expression bizarre pour dépeindre une combinaison plus bizarre encore.

» Ainsi, d'après le droit de l'évêché, on distinguait deux sortes d'immeubles, le *tréfonds*, c'est-à-dire les immeubles véritablement immeubles, et *les gagières*, c'est-à-dire les immeubles assimilés aux meubles [1].

» Il suit de là que de ce que les détenteurs des immeubles en question (la grande foresterie) ont déclaré qu'ils les tenaient à titre de gagière de l'évêque de Metz, il ne s'ensuit pas qu'ils aient voulu dire qu'ils n'étaient pas des acquéreurs véritables et de vrais propriétaires. Quelle a donc été leur pensée? elle a été de déclarer qu'en achetant de l'évêque la grande foresterie, ils n'avaient pas voulu posséder cet immeuble comme tréfonds, qu'ils avaient voulu lui imprimer la qualité de meuble, et que, pour y parvenir, ils avaient donné à leur acquêt le titre de gagière, sans rien ôter à leur droit de pleine propriété. »

506. Revenons maintenant à la défense de l'antichrèse portée par le droit ancien. Comme cette défense était gênante, on avait cherché à l'éluder. Toutes les entraves à la liberté raisonnable de contracter provoquent la désobéissance. Nous venons de le voir en parlant de l'histoire des gagières. On va s'en convaincre de nouveau ici. L'antichrèse, en effet, avait cet avantage de ne pas grever le débiteur par des cautions qui exigeaient des pots-de-vin, et de le mettre à l'abri des exécutions ruineuses, fort à la mode auprès des avides gens de justice des quinzième et seizième siècles [2]. La pratique cherchait donc les moyens de se soustraire à une défense embarrassante. Elle imagina le contrat pignoratif, moyen compliqué de remplacer par un équipollent la combinaison simple de l'antichrèse.

507. Mais, avant de nous en expliquer, nous ferons remarquer que si quelquefois les auteurs anciens ont donné à la vente à réméré le nom de contrat pignoratif [3], ce n'est que dans un sens impropre. Lors même qu'à raison de certaines circonstances inclinant vers l'usure, la vente à réméré n'était qu'une antichrèse dissimulée, elle ne constituait pas le contrat pignoratif proprement dit; elle contenait sans doute, à cause de ces circonstances particulières, une impignoration; elle n'était réméré que de nom, et, au fond, elle cachait un engagement; mais elle n'était pas le vrai contrat pignoratif; elle n'était qu'un autre moyen de faire l'usure avec nantissement sous forme de vente.

J'ajoute qu'il était fort difficile de distinguer le réméré licite du réméré cachant une antichrèse. Bacquet donnait des règles d'interprétation qui n'étaient rien moins que sûres. Il voulait qu'on s'attachât à rechercher si l'agissement avait commencé par la vente, ou s'il avait commencé par le prêt, le qualifiant de réméré dans le premier cas, et d'antichrèse dans le second. D'autres auteurs avaient imaginé d'autres expédients pour découvrir la vérité; mais ils n'étaient pas plus satisfaisants, et Pothier [4] décidait, avec Covarruvias, qu'il valait mieux s'en rapporter à la prudence du juge, ajoutant que celui-ci ne devait pas facilement supposer un prêt accompagné d'antichrèse [5]. En effet, dans l'usage, il était très-rare de voir les tribunaux convertir le réméré en antichrèse. Lors même que le réméré aurait été, dans l'intention présumable des parties, un engagement, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus [6], ce n'était pas une raison pour y voir une antichrèse, c'est-à-dire une usure prohibée. L'engagement des immeubles n'était pas prohibé en soi dans l'ancien droit; il n'y avait que l'engagement par antichrèse qui le fut, à cause du prêt à intérêt que ce contrat suppose nécessairement. Si l'engagement à réméré eût été proscrit, on aurait enlevé aux grands propriétaires et à la féodalité et de l'ancien régime leur principal moyen de crédit [7].

508. Qu'était-ce donc que le contrat pignoratif, distinct du réméré et se confondant avec l'antichrèse? c'était une combinaison compliquée dont voici le mécanisme [8] :

Le créancier se gardait bien de reconnaître qu'il prenait un immeuble en nantissement

---

[1] Voy. Gabriel, *observat.* sur la coutume de Metz, t. 2, p. 237, 238. Voy. art. 14, tit. 3, de la cout. de la ville et cité de Metz, et tit. 15, art. 2.

[2] Louet, lettre P, summ. IX.

[3] Bacquet, *Droits de justice*, ch. 21, nº 234.

[4] *Vente*, nº 407. Voy. aussi Fachin, *Controv.*, 11, 12.

[5] Duparc-Poullain, t. 3, p. 120, nº 123.

[6] Nº 504.

[7] On ne peut pas considérer la vente à pacte de rachat comme un simple contrat d'antichrèse, quoique le vendeur reste en possession pendant le délai de réméré, que la vente ait été faite à vil prix et que l'acheteur soit supposé avoir prêté à usure. Liége, 13 juin 1814 (Koep C. Oehrée), *Arr. not.*, 5, 1, 502.

[8] Duparc-Poullain a décrit ce contrat avec détail, t. 3, p. 114, nº 117. Il était fort usité en Bretagne, et l'auteur l'appelle *funeste contrat*.

avec pacte d'en recueillir les fruits en compensation des intérêts ; mais il achetait un immeuble à vil prix avec faculté de rachat, et, mêlant le bail avec la vente, d'après les lois 37, D., *de acquir. possess.*, et 37, D., *de pignerat. actione* [1], il le donnait à bail au vendeur qui payait, à titre de fermage, une somme déterminée. Comme cette vente était fictive ; comme le contrat de bail qui l'accompagnait n'était qu'un moyen de procurer au créancier l'intérêt de son argent ; comme, enfin, la stipulation de faculté de rachat indiquait que le créancier avait voulu joindre aux combinaisons d'un prêt défendu une impignoration qui, en pareil cas, n'était pas plus permise qu'une antichrèse, on donna à cet agissement le nom de contrat pignoratif [2]. C'était même le vrai contrat pignoratif. Il était fort différent de la vente à réméré. Celle-ci emporte aliénation ; au contraire, le contrat pignoratif ne contient pas une aliénation de la chose ; la volonté des parties n'est pas de contracter une vente, mais un prêt ; elle n'entend qu'engager la chose pour sûreté du prêt [3]. Qu'était-ce donc que ce contrat pignoratif qui mettait en jeu des ressorts si compliqués ? c'était une impignoration réalisant les conditions d'une véritable antichrèse. Il est vrai que l'antichrèse laisse au gagiste la perception des fruits de la chose et qu'ici c'était le débiteur qui recueillait les fruits et payait des intérêts. Mais il faut remarquer que le propriétaire ne gardait pas la possession de la chose *ut dominus;* il la gardait à titre précaire, pour le compte de l'engagiste, comme son locataire et son représentant. C'était véritablement l'engagiste qui jouissait de la chose par le bail qu'il en faisait.

309. Il y avait cependant quelques pays où le contrat pignoratif était permis. Il l'était dans les provinces de Maine, Anjou, Laudunois et Touraine [4], à cause du tenement de cinq ans qui y avait lieu. Par l'effet du droit particulier à ces provinces, l'acquéreur d'un héritage grevé de rentes s'en déchargeait par une possession de cinq ans sans interruption. C'était un grave danger pour les créanciers de ces rentes ; on n'osait pas placer ainsi son argent, à moins que le contrat pignoratif ne vînt protéger les capitalistes contre une si dangereuse prescription ; c'est pourquoi les créanciers, afin de se prémunir contre elle, se faisaient vendre la chose avec faculté de rachat et relocation au vendeur ; ce qui leur assurait une possession civile à laquelle la possession précaire laissée au vendeur ne pouvait préjudicier.

Malgré les bonnes raisons qui légitimaient, dans les provinces dont il est question, le contrat pignoratif, il eut d'abord de la peine à trouver grâce auprès du parlement de Paris, si attentif à proscrire l'usure. Un arrêt de règlement du 29 juillet 1572 le défendit expressément. Mais, dans la suite et pendant la translation du parlement à Tours, sa jurisprudence, dit Merlin, fut plus favorable au contrat pignoratif [5] ; on l'accepta comme engagement d'immeubles [6]. Toutefois, en le recevant, la jurisprudence le purgea de tout pacte commissoire ; le créancier était obligé de s'adresser à la justice pour faire vendre la chose et se payer de son dû [7].

310. C'est avec un tout autre caractère que le contrat pignoratif était aussi admis dans le Lyonnais. Là, le prêt à intérêt et l'antichrèse n'étaient pas défendus. Il n'y avait aucune raison pour dissimuler ces conventions permises. Si donc la vente avec faculté de rachat et relocation se rencontrait dans un contrat, on ne la tenait pas, de plein droit, pour un engagement ; on la prenait en réalité pour ce qu'elle était en apparence. Elle emportait, non pas un simple engagement, mais une translation véritable de propriété [8]. En effet, si l'on met à part l'usure et la fraude, rien ne défend à un acheteur de louer au vendeur la chose qu'il vient d'acquérir de lui. Une telle convention est permise comme toute autre [9]. Elle n'est sujette à critique qu'autant qu'elle cache une usure prohibée ou des captations préjudiciables pour le vendeur. C'est donc à ce dernier à prouver le dol et la fraude dont il se prétend victime ; c'est à lui à prouver que la vente en question n'est qu'un vain simulacre ; tant qu'il ne le prouvera pas, on ne supposera pas la fraude, qui ne se suppose jamais. On la supposera d'autant moins que le prêt à intérêt est permis, et qu'il n'y a pas de raison pour s'en cacher ; on la supposera d'autant moins que l'antichrèse est autorisée, et qu'il n'y a pas de raison pour faire par des moyens détournés ce que l'on peut faire ouvertement.

311. Tel était l'état des choses quand est arrivé le Code civil. On voit le caractère de l'ancienne jurisprudence. Partout où le prêt à intérêt était défendu, l'antichrèse l'était aussi ;

[1] Voy. ci-dessus, n° 8, où je cite Caius, II, 60.
[2] Lecamus d'Houlouvre, *Traité des intérêts*, p. 348. Merlin, *Répert.*, v° *Pignor. contr.*
[3] Ferrière sur Bacquet, *Droits de justice*, ch. 21, n° 234.
[4] Delaurière, Dissert. sur le *tenement de cinq ans*. Loyseau, *Déguerp.*, liv. 1, ch. 7, n°s 15 et 16. Ferrière sur Bacquet, *loc. cit.* Merlin, *Quest. de droit*, v° *Contrat pign.*, p. 629. Louet et Brodeau, lettre P, somm. XI, n° 4.
[5] *Quest. de droit*, v° *Contrat pignoratif*, p. 629, col. 2.
[6] Louet, lettre P, §§ 10 et 11, et Brodeau, n° 4. Lecamus d'Houlouvre, p. 354.
[7] *Id.*, Merlin, *loc. cit.*
[8] Denizart, v° *Antichrèse*. Arrêt du 17 février 1674. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Contrat pignorat.*, p. 630. Arrêt de cassation du 14 fructidor an VIII.
[9] *Suprà*, n° 8.

et, bien qu'on mît à sa place la simulation trompeuse d'un contrat pignoratif, les arrêts écartaient avec rigueur tout ce qui était de nature à favoriser la violation des lois canoniques. Au contraire, là où le prêt à intérêt était toléré, l'antichrèse l'était aussi, et, à moins de fraude prouvée, on ne mettait pas obstacle à la vente à réméré avec relocation.

512. L'antichrèse n'existait pas dans le projet du Code civil. Ce ne pouvait être qu'un oubli. Car le prêt à intérêt ayant été autorisé depuis 1789 [1], pour quelle raison l'antichrèse n'aurait-elle pas été permise? La plupart des tribunaux la réclamèrent, et leur vœu fut accompli. Tout ce qui tend à faciliter les conventions, à multiplier et assurer les moyens de libération, est utile à la société, et sert tout à la fois les créanciers et les débiteurs [2]. Sous ce rapport, l'antichrèse méritait de figurer dans le Code civil. Elle est aussi licite que le gage lui-même.

513. Notre article définit l'antichrèse un contrat qui fait acquérir au créancier la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance. Cette définition nous signale tout d'abord l'antichrèse comme ayant des effets bien moins énergiques que le gage. Le nantissement ne repose pas dans la chose même; il n'a de prise que sur les fruits. Nous verrons bientôt les conséquences de cette situation.

Ce contrat suppose une mise en possession de la chose. Et comme cette mise en possession a pour but de procurer au créancier la jouissance des fruits [3], les Italiens l'ont appelé *contractus ad gaudendum* [4], qualification qu'il mérite encore. Seulement, il faut s'entendre sur la nature de cette jouissance. Nous en préciserons plus bas les caractères [5]. Quant à présent, nous ferons remarquer que la définition de l'article 2085 nous montre l'antichrèse sous un jour un peu différent du droit romain. En droit romain, la fin caractéristique de l'antichrèse, c'était la compensation, jusqu'à due concurrence, des intérêts et des fruits [6]. Toutes les fois que la créance ne produisait pas d'intérêts, et que l'immeuble engagé produisait des fruits qui étaient perçus par le créancier en extinction du capital, c'était un contrat de nantissement d'immeuble, qui n'avait pas de nom particulier, une sorte de *pignus*.

Aujourd'hui il en est autrement: l'antichrèse a pris de l'extension; elle comprend non-seulement le cas où il y a compensation des intérêts avec les fruits, mais aussi le cas où les fruits éteignent le capital.

514. L'antichrèse doit être constatée par écrit. Cette précaution a été exigée tant à l'égard des tiers que du débiteur lui-même.

A l'égard des tiers [7], le créancier doit prouver sa situation par un écrit ayant date certaine.

A l'égard du débiteur ou de ses représentants, il est bon aussi, il est nécessaire que cette situation soit incontestable.

On a enseigné cependant que la preuve littérale est limitée aux rapports du créancier avec les tiers. Mais l'art. 2085 est général; il n'a pas les restrictions de l'art. 2074; il gouverne par conséquent les relations des parties contractantes [8]. Il faut qu'on sache si c'est à titre de bail ou à titre de nantissement, ou à tout autre titre précaire, que le créancier détient la chose [9]. Berlier disait très-bien: « Lors même » que le fonds vaudrait moins de 150 fr., nul » ne peut s'y entremettre, ou du moins s'y » maintenir *contre le vœu du propriétaire*, en » alléguant des conventions verbales, qui, en » cette matière, pourraient devenir le prétexte » de nombreux désordres [10]. »

515. Du reste, si le débiteur avouait l'existence de l'antichrèse, je reconnais que le défaut d'écriture n'invaliderait pas le nantissement. Si l'écriture est exigée ici, ce n'est que pour la preuve, et non comme condition substantielle de la validité [11].

516. L'antichrèse est un contrat parfait par la chose [12]. Il requiert la tradition. Il est intéressé de part et d'autre [13]. Toutefois, il n'est pas parfaitement synallagmatique, et l'article 1325 ne lui est pas applicable [14].

517. L'antichrèse peut être constituée par celui qui a droit aux fruits. Le mari, à qui les fruits de la dot appartiennent pendant le mariage, peut par conséquent donner à antichrèse le bien dotal de son épouse. Ce peut être quelquefois un acte de sage économie domestique, et il ne faut pas le défendre aux époux, déjà si gênés dans le régime dotal pour la libre gestion de leurs affaires [15].

Mais si plus tard il intervient une séparation, le droit du mari se trouvant résolu, l'antichrèse doit cesser pour l'avenir à partir de la séparation [16].

---

[1] Mon comm. du *Prêt*, n° 346.
[2] Gary. Fenet, t. 15, p. 219.
[3] Loi du 22 frimaire an VII, art. 15. Championnière et Rigaud, t. 4, n° 3119.
[4] Deluca, *De usur.*, disc. 9, n° 2.
[5] N° 524.
[6] *Suprà*, n° 497.
[7] Duranton, t. 18, n° 588. Zachariæ, t. 3, p. 175; édit. belge, t. 2, § 437.
[8] *Secus* Duranton.
[9] Zachariæ, *loc. cit.*
[10] Fenet, t. 15, p. 211.
[11] Zachariæ, *loc. cit.*
[12] Duranton, t. 18, n° 559. *Suprà*, n° 25.
[13] *Suprà*, n° 32.
[14] Duranton, n° 559.
[15] *Infrà*, n° 525. V. arrêt de Rouen du 23 janvier 1835.
[16] Caen, 11 juillet 1844 (Dall., 45, 2, 43).

518. L'usufruitier peut aussi engager par antichrèse son droit d'usufruit [1]. Comme il peut l'hypothéquer, il peut l'engager par antichrèse.

519. Mais celui qui n'a que le pouvoir de faire des actes d'administration a-t-il capacité pour constituer une antichrèse? L'antichrèse engage l'avoir; elle contient une cession des fruits à recueillir pour un temps plus ou moins long. Elle est donc un acte de disposition. Sans doute, elle ne touche qu'aux fruits; mais elle les aliène d'avance pour un certain temps. Il y a vente, disposition, plutôt qu'acte d'administration.

Tel est le caractère ordinaire de l'antichrèse. Lors même que l'aliénation des fruits serait faite pour un temps qui ne serait pas très-long, je ne pourrais pas la ranger parmi les actes d'administration. La vente des fruits n'est un acte d'administration qu'autant que l'aliénation porte sur des fruits recueillis ou prêts à être récoltés. Une aliénation de fruits à venir rentre dans la catégorie des actes de disposition. Si le bail fait exception à cette règle, c'est qu'il est une charge productive et un moyen de mettre la chose en valeur. Et encore, si le bail excédait neuf ans, il serait classé parmi les actes de disposition.

520. C'est pourquoi il a été décidé que la femme séparée de biens, qui, d'après l'article 1449 du Code civil, peut disposer de son mobilier, ne peut cependant, sans l'autorisation de son mari, donner son bien à antichrèse [2]. En effet, l'art. 1449 du Code civil doit être combiné avec l'art. 217 du même Code qui veut que la femme même séparée ne puisse donner, *aliéner*, hypothéquer, etc., etc., sans le consentement de son mari. Dès lors l'art. 1449 n'autorise les aliénations du mobilier qu'autant que ce sont des actes d'administration [3]. Or, les délégations de fruits à venir sont un acte qui consomme ces fruits, et non un acte qui les administre [4].

Je le répète : lors même que l'obligation s'exécute sur le mobilier de l'épouse, une jurisprudence constante décide que le défaut d'autorisation la rend nulle si elle ne rentre pas étroitement dans la classe des actes d'administration [5]. Ainsi, un bail qui excéderait neuf années serait nul s'il y avait défaut d'autorisation. Or, l'aliénation, à titre d'engagement, des fruits d'un immeuble et de tout l'émolument que cet immeuble rapporte, cette aliénation doit certainement être regardée comme dépassant la capacité de la femme et comme étant autre chose qu'un acte d'administration.

Et cela serait surtout vrai si l'antichrèse était faite pour un temps indéterminé [6]. Plus l'antichrèse est destinée à se prolonger, plus elle tend à se rapprocher des actes emportant aliénation [7].

521. Il en est de même si la femme avait donné à antichrèse un usufruit à elle appartenant [8].

522. Par réciprocité, quiconque a le droit de disposer a le droit de donner à antichrèse [9]. « Quod emptionem venditionemque recipit, » etiam pignorationem recipere potest [10]. »

523. Il suit évidemment de là que lorsque le contrat de mariage contient la faculté d'aliéner le bien dotal, la femme qui, d'accord avec son mari, pourrait le vendre, peut, à plus forte raison, le donner à antichrèse. Toutefois, la cour de cassation a jugé, par arrêt du 3 janvier 1837, portant cassation d'un arrêt de Rouen du 25 janvier 1835, que l'antichrèse ne saurait être assimilée à la vente, et que, bien que la femme ait le droit de vendre son bien, elle ne peut l'engager [11]. Cette jurisprudence étonne, et l'on n'en comprendrait pas les raisons, même après l'avoir approfondie, si l'on ne se rappelait que, dans le droit romain et sous l'empire du sénatus-consulte Velléien, on défendait à la femme d'engager ce qu'elle pouvait vendre. Or, c'est cette idée que la cour de cassation a été exhumer du Digeste, pour l'appliquer à la femme française! Mais cette distinction entre la vente et l'engagement est tombée avec le Velléien; elle n'est plus qu'un souvenir vieilli et abandonné, et l'on éprouve une véritable surprise en la voyant reproduite dans un système de législation qui a affranchi la femme de la tutelle du Velléien.

J'ajoute que, de son côté, la cour royale de Rouen persiste dans sa jurisprudence, qui est la bonne.

Elle va même plus loin, et, dans une espèce où il ne paraît pas que le contrat de mariage réservât la faculté d'aliéner, elle a considéré que l'antichrèse du bien dotal, n'entraînant qu'un engagement des fruits, pouvait être, suivant les circonstances, un acte de sage économie [12]. En cela, il n'y a rien d'exorbitant. En effet, l'antichrèse du bien dotal ne peut être faite pendant le mariage qu'avec le consentement du mari. Or, le mari, à qui les fruits

[1] Proudhon, *Usufruit*, 1, 85. Zachariæ, t. 3, p. 175; édit. belge, t. 2, § 437, note.

[2] Cass., req., 21 nov. 1841 (Dall., 42, 1, 45).

[3] Montpellier, 10 juin 1830 (Dall., 31, 2, 135, 136). *Pasicrisie*, à cette date.

[4] *Id.*

[5] Cass., 12 février 1828 (Dall., 28, 1, 127). *Pasicrisie*, à cette date. 5 mai 1829 (Dall., 29, 1, 237). *Pasicrisie*, à cette date. 7 déc. 1830 (Dall., 31, 1, 13. *Pasicrisie*, à cette date. 3 janvier 1831. (Dall., 31, 1, 260). *Pasicrisie*, à cette date.

[6] Cass., req., 21 nov. 1841 (Dall., 42, 1, 45).

[7] Championn. et Rigaud, t. 4, nos 3126, 3127.

[8] *Id.*

[9] L. 8, C., *de pignorib. et hypoth.*

[10] Caius, l. 9, § 1, D., *de pignorib. et hypoth.*

[11] Dall., 37, 1, 107. *Pasicrisie*.

[12] 28 août 1837 (Dall., 39, 2, 270).

appartiennent, constant le mariage, peut, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus [1], donner le fonds dotal à antichrèse.

524. Quoique l'antichrèse soit un contrat rèel (c'est-à-dire parfait par la chose), elle ne confère cependant pas de droit réel dans la chose [2]; elle n'opère pas un démembrement de la propriété [3]. Le gage ne repose que sur les fruits, et, comme le dit très-bien Duparc-Poullain, l'antichrèse n'est qu'une espèce de délégation faite par le débiteur à son créancier [4]. A la vérité, cette délégation diffère d'une délégation ordinaire en ce que le créancier doit recevoir la possession de la chose qui produit ces fruits, tandis que la simple délégation ne renferme pas cette condition. Dans l'antichrèse, il faut que le créancier se paye de ses propres mains par les fruits, soit de ses intérêts, soit de son capital [5]. Mais, remarquons-le bien, cette possession est précaire, et, si je puis parler ainsi, superficielle; elle n'affecte pas la chose comme la possession de l'usufruitier ou de l'emphytéote. Le fonds n'en est pas touché et pénétré. C'est elle seule, et non l'immeuble, qui est le siége du gage. *Possessionem retinet pignoris loco* [6]. C'est en quoi elle diffère beaucoup du gage mobilier qui affecte la chose même et constitue en elle un droit réel. C'est en quoi encore elle différe du *pignus* immobilier des Romains auquel le droit réel était attaché aussi bien qu'au *pignus* mobilier [7]. Le créancier à qui un immeuble avait été donné en gage avait dans cet immeuble le *jus in re* [8]. Au contraire, l'antichrésiste n'a pas de droit de suite; il n'a qu'une simple rétention attachée à sa possession et qui se perd avec elle; rétention qui n'aboutit qu'à une simple exception pour conserver la possession dont l'engagiste est nanti.

525. Sous ce rapport, l'antichrèse ne saurait être comparée au bail, ainsi que je l'ai établi ailleurs [9]. On peut encore moins la comparer à l'usufruit, qui crée un droit réel, et opère un démembrement de la chose tellement caractérisé, que ce démembrement est susceptible d'hypothèque et d'antichrèse [10].

526. L'antichrèse, ne donnant droit qu'aux fruits, ne procure au créancier qu'un droit mobilier [11]; elle est réputée meuble [12]. On ne peut pas dire que la créance de l'antichrésiste ait pour objet l'immeuble même donné en nantissement. Il n'a pas plus de droit dans cet immeuble que s'il était créancier chirographaire [13]; il n'a droit qu'aux fruits; il n'a droit qu'à être mis à même de les percevoir. Son droit est dès lors mobilier : car il ne tend qu'à acquérir des meubles. La possession dont il est investi n'est qu'une possession précaire, qui n'est que le moyen d'arriver à la perception des fruits. C'est pourquoi l'antichrèse ne peut être donnée à hypothèque. Car il n'y a que les biens immobiliers qui en soient susceptibles [14].

On lit cependant, dans un arrêt de la cour de cassation du 22 novembre 1841, que l'abandon à antichrèse, pour un temps indéterminé, de l'usufruit d'un immeuble peut être considéré comme une aliénation immobilière [15]. Mais cet arrêt n'a de valeur qu'en ne le séparant pas des faits de la cause et de la question précise qui était à décider. D'un côté, il est fort possible que les parties simulent, sous couleur d'antichrèse, l'aliénation d'un usufruit. D'un autre côté, toute la question du procès était de savoir si un tel acte d'antichrèse indéterminée dépassait le pouvoir d'administration laissé à la femme, et si par conséquent un tel acte était plus qu'un acte d'administration.

527. Malgré ce que nous venons de dire du droit de l'antichrésiste, on doit cependant décider qu'il peut passer des baux de durée ordinaire, parce que c'est là un acte d'administration souvent nécessaire pour recueillir les fruits de la chose.

Mais doit-on lui appliquer ce que Paul décide du créancier ayant un vrai *pignus*, à savoir, qu'il a qualité pour procéder à un bornage avec le voisin [16]? J'en doute, à moins qu'on ne veuille dire qu'il est censé avoir mandat du propriétaire afin de faire cesser le plus tôt possible des contestations fâcheuses [17]. Paul, en effet, nous dit ailleurs [18] : « *Quod creditor egit, » pro eo habendum est, ac si debitor par pro- » curatorem egisset.* » Toutefois, je le répète, l'antichrésiste n'ayant pas de droit réel pareil au gagiste, je doute qu'un bornage puisse se faire avec lui.

---

[1] N° 517.

[2] Mon comm. du *Bail*, t. 1, n° 19. Mon comm. des *Hypoth.*, t. 3, n° 778. *Infrà*, n° 573. L. 11, § 1, D., *de pign. act.*

[3] Proudhon, *Usufruit*, t. 1, n° 85.

[4] T. 3, p. 121, n° 124.

[5] Hevin sur Frain, p. 310. *Suprà*, n° 483.

[6] Marcianus, l. 11, § 1, D., *de pign. et hypoth. Suprà*, n° 486.

[7] *Suprà*, n° 496.

[8] Caius, l. 19, D., *de damno infecto*; et l. 30, D., *de noxalib. act.* Ulpien, l. 17, D., *de pignorib.*

[9] Mon comm. du *Louage*, *loc. cit.* Championnière et Rigaud, t. 4, n° 3152.

[10] L. 11, § 2, D., *de pignorib. et hypoth.* Proudhon, t. 2, n° 85.

[11] Proudhon, *Usufruit*, n° 79. Voy. conclusions de Delangle (Dall., 42, 1, 45).

[12] Augeard, t. 1, p. 918, q. 203, cite les conclusions de M. le Nain, avocat général, qui établissent ce point. Brillon, v° *Antichrèse*, n° 1.

[13] Mon comm. des *Hypoth.*, t. 3, n° 778. *Infrà*, n° 573.

[14] Art. 2118, C. civ.

[15] Dall., 42, 1, 43.

[16] L. 4. § 9, D., *finium regundor.* (lib. 23, *ad edict*).

[17] Favre, *Ration.*, sur cette loi.

[18] L. 29, D., *familia erciscundo. Junge* l. 1, § ult., *de operis novi nunciat. Infrà*, n° 573.

528. Bien que l'antichrèse soit un contrat licite, il arrive très-souvent aujourd'hui, comme autrefois, que les parties cherchent à l'envelopper sous les formes d'un contrat d'aliénation, et cela pour donner à l'antichrèse une affectation réelle dont elle manque, ou bien pour lier le débiteur par des liens plus étroits.

C'est pourquoi nous voyons dans les recueils d'arrêts de fréquents exemples d'antichrèses dissimulées sous le voile de ventes à réméré avec relocation au vendeur.

Une femme Bobée vend, le 22 octobre 1828, à un sieur Dufau, différents immeubles à elle appartenant, pour le prix de 9,000 fr., sous réserve d'un réméré pendant trois ans, et, par le même acte, Dufau laisse ces immeubles en bail à la femme Bobée pour le prix de 450 fr.

Jugé que ce n'était là qu'un réméré apparent, que la femme Bobée n'avait voulu faire qu'un emprunt et donner un nantissement (1).

Autre décision semblable dans un cas analogue, émanée de la cour royale de Bastia (2).

Voici une nouvelle espèce qui m'est passée sous les yeux dans une affaire dont j'étais le rapporteur :

S. Brunet, créancier de Rivière et Vinet pour sommes considérables et longtemps attendues, craignant de n'être pas payé, se fit passer vente d'un domaine appelé *la Réserve*, moyennant quittance de ce qui lui était dû. Par une contre-lettre, il fut convenu que Rivière et Vinet continueraient à habiter les lieux; qu'ils géreraient l'immeuble et l'administreraient dans l'intérêt des acheteurs pendant six ans; S. Brunet s'obligeait à ne distraire de l'habitation pendant ce laps de temps, ni les esclaves ni les machines propres à confectionner le sucre. On convint que, pendant ces six ans, les revenus de la réserve seraient employés au payement de ce que devaient Rivière et Vinet, capital et intérêts, distraction faite des frais nécessaires aux besoins de l'exploitation. Enfin, il fut stipulé que si au bout des six ans, le capital et les intérêts étaient amortis au moyen des revenus, l'habitation, les esclaves et le mobilier seraient revendus à Rivière et Vinet.

Il était difficile de ne pas voir là dedans une antichrèse, et c'est ce que fit la cour de Bourbon par arrêt du 7 mars 1846.

529. Mais notons-le bien :

Si les ventes à réméré dont on vient de voir les conditions doivent être dépouillées de leur caractère apparent d'aliénation pour être ramenées à de simples engagements, elles doivent conserver, comme engagements, toute l'efficacité inhérente à l'antichrèse. Antichrèses dans la vérité des choses, il faut qu'elles restent telles dans leurs effets.

Il n'en serait autrement qu'autant qu'elles seraient le produit de la fraude et du dol. Mais, sans la circonstance de fraude, une cour royale ne serait pas fondée à annuler un contrat pignoratif par cela seul qu'il est contrat pignoratif. Ce contrat n'était réprouvé jadis que parce qu'il renfermait une antichrèse déguisée. Maintenant que l'antichrèse est permise, il en a la valeur, et, nous le répétons, il faudrait une véritable fraude pour le faire tomber.

530. Du reste, pour que la vente ait des rapports avec le nantissement, il faut qu'elle soit combinée de manière à procurer au créancier la possession actuelle de la chose; car si elle était soumise à une condition suspensive pendant la suspension de laquelle la possession serait restée au vendeur, il n'y aurait pas impignoration, et le caractère de vente conditionnelle devrait l'emporter (3).

531. C'est sous le bénéfice de cette observation que nous dirons, avec la jurisprudence de la cour de cassation :

Que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la commune intention des parties, et décider, d'après les circonstances, si l'acte est une vente ou un contrat d'impignoration (4). Oui sans doute! ce pouvoir discrétionnaire existe; mais il n'existe qu'à la condition que les tribunaux ne méconnaîtront pas les faits qui écartent nécessairement et invinciblement l'idée d'impignoration.

532. Quoique l'antichrèse ne doive pas être confondue avec la vente et les autres titres translatifs de propriété (5), on doit reconnaître cependant qu'elle est mélangée d'une dation en payement qui s'effectue par le moyen des fruits (6). Or, la dation en payement est assimilée à la vente. Ceci ne lui enlève pas son caractère dominant de sûreté procurée au créancier. Au contraire, c'est afin que cette sûreté ait quelque chose de plus réel que le créancier reçoit la possession de la chose pour se payer par ses propres mains.

533. La perception des fruits de l'immeuble peut s'opérer au profit du créancier par tous les moyens de mise en valeur qui sont approuvés par une sage administration. Il peut les recueillir lui-même en cultivant les terres; il peut les recueillir par le colonat partiaire; il peut les recueillir par des baux (7); il peut habiter lui-même la maison donnée à antichrèse (8); la possession lui appartient pour la perception des fruits. Il est maître de la régler de la manière la plus convenable à ses intérêts,

(1) Cass., 31 janvier 1837 (Dall., 37, 1, 106).
(2) 9 mai 1838 (Dall., 38, 2, 113).
(3) Cass., 1er juillet 1844 (Dall., 44, 1, 344).
(4) Cass., req., 19 août 1840 (Dall., 40, 1, 336).
(5) Deluca, *De usuris*, disc. 9, n° 2.
(6) Bevio sur Frain, p. 312, l'appelle cession *in solutum*. Journal du palais de Toulouse, arrêt du 17 août 1701, q. 178. Deluca, *loc. cit. Infrà*, n° 585.
(7) L. 25, D., *de pign. et hypoth.*
(8) Cujas, III, *observat.* 29. *Suprà*, n° 487. L. 11, § 1, D., *de pign. et hypoth.*

pourvu qu'il se conduise en bon père de famille. Le propriétaire, quoique restant maître de la chose, s'est dépouillé en sa faveur; il a constitué l'engagiste son procureur et son représentant [1]. Seulement, l'engagiste est un *procurator in rem suam* [2]. Il use de son droit, et fait son affaire par cette perception. Il a une sorte de droit dominical [3].

534. Il n'est pas toujours nécessaire que l'engagiste rende compte des fruits.

S'il est convenu que les fruits se compenseront avec les intérêts, le compte est inutile. Il ne devient nécessaire que lorsque les revenus de la chose sont supérieurs aux intérêts dus, et que l'excédant s'impute sur le capital.

535. Lorsque rien n'a été stipulé sur la compensation des intérêts et des fruits, il y a des règles faciles à pressentir si l'on se reporte à la nature du contrat et aux principes généraux.

Il est évident, par exemple, que le but du contrat étant d'assurer par les fruits de la chose le payement des intérêts, les fruits se compenseront avec les intérêts, nonobstant le silence gardé à cet égard par les parties. La nature du contrat parle pour elles; la définition de l'antichrèse contenue dans notre article n'a pas besoin d'être reproduite dans l'acte par une déclaration des contractants [4].

536. Il y a une autre chose qui est évidente : c'est que si les fruits sont supérieurs aux intérêts, la compensation se fera jusqu'à due concurrence, et le surplus sera imputé sur le capital [5]. Tel est le vœu de l'art. 2085. Les parties sont censées, jusqu'à preuve contraire, avoir voulu s'y conformer. Pour s'écarter de cette présomption, il faudrait un pacte portant que les fruits se compenseront totalement avec les intérêts [6].

537. Point de difficulté non plus si la créance ne produit pas d'intérêts : il n'y a pas besoin de pacte pour que les fruits viennent en déduction du capital.

538. Proudhon pense cependant que, dans le cas où la créance non productive d'intérêts serait échue au moment de la constitution de l'antichrèse, le fait seul de cette constitution devrait faire présumer que les parties ont voulu que la créance devînt à l'avenir productive d'intérêts moratoires; autrement, dit Proudhon, le créancier ferait un mauvais marché; il consentirait à reculer son remboursement et à le recevoir par fractions [7].

Nous n'adoptons pas cette manière de voir. L'article 2085 du Code civil ne s'y prête pas; elle est repoussée par les principes généraux sur le prêt à intérêt et sur la production des intérêts moratoires [8].

Article 2086.

Le créancier est tenu, s'il n'en est autrement convenu, de payer les contributions et les charges annuelles de l'immeuble qu'il tient en antichrèse.

Il doit également, sous peine de dommages et intérêts, pourvoir à l'entretien et aux réparations utiles et nécessaires de l'immeuble, sauf à prélever sur les fruits toutes les dépenses relatives à ces divers objets.

SOMMAIRE.

539. Des charges de l'antichrèse.
540. Des réparations; des dépenses nécessaires et utiles.
541. De la négligence de l'antichrésiste et du degré de faute dont il est tenu.
542. *Quid* s'il a laissé perdre des servitudes?
543. L'antichrésiste ne doit pas faire sur la chose des dépenses d'amélioration excessives.
544. Suite.

---

[1] *Infrà*, n° 583.
[2] Arg. de la loi 42, D., *de pign. act.* : « *Suum creditor negotium gerit.* »
[3] Deluca, *De usuris*, disc. 9, n° 6.
[4] Proudhon, t. 1, n° 74.
Lorsqu'un immeuble a été donné en antichrèse pour sûreté d'un prêt à intérêt, l'emprunteur n'est pas fondé à soutenir que les intérêts ne sont exigibles qu'à l'époque fixée pour le remboursement du capital, et après un compte général des fruits perçus par le prêteur.
Ces intérêts sont dus annuellement, mais après compte fait des fruits perçus.
L'usage de capitaliser les intérêts annuels dans les comptes courants entre négociants ne peut être invoqué relativement aux intérêts de semblable prêt, sous prétexte que le prêteur a un compte ouvert avec l'emprunteur, du chef des fruits perçus de l'immeuble donné en antichrèse. Liége, cass., 6 oct. 1824; *J. de B.*, 1825, 2, 337.
[5] Proudhon, t. 1, n° 75.
[6] Art. 2089, C. civ.
[7] N° 77.
[8] *Junge* Zachariæ, t. 3, p. 174, note; édit. belge, t. 2, § 437.

COMMENTAIRE.

539. Nous allons nous occuper des obligations et des charges de l'antichrésiste.

Il y a des dépenses qui sont une charge des fruits : tels sont les impôts et les charges annuelles. L'antichrésiste, à qui les fruits sont abandonnés, doit les acquitter. Mais ce n'est pas à ses dépens que cet acquittement s'effectue ; c'est avec les fruits eux-mêmes : ***Fructus intelligendi non sunt, nisi impensis deductis.*** L'antichrésiste ne doit rien perdre. Il faut qu'il soit intégralement payé de ce qui lui est dû [1]. Si donc il arrive, par suite du prélèvement nécessaire pour payer les impôts et les charges annuelles, que les fruits d'une année malheureuse soient insuffisants pour acquitter les intérêts, on fait un compte qui se reporte à l'année suivante; le créancier retrouve toujours son droit. Quand même les ravages de la nature, changeant les conditions primitives du contrat, rendraient désormais impossible l'entier acquittement de la dette par les fruits frappés de la force majeure et du poids des impôts, le créancier aurait, à défaut de ce moyen de payement, l'action pigneratice contraire pour rester indemne [2].

540. C'est aux mêmes conditions que l'engagiste est chargé de faire faire les réparations nécessaires et utiles. Il les prend sur les fruits, et si les fruits ne peuvent le payer, il a l'action pigneratice contraire [3]. Nous avons enseigné ci-dessus les principes qui gouvernent cette matière [4].

541. Si l'engagiste néglige de faire ces réparations, et si par son incurie il cause un dommage à la chose, il est responsable, d'après notre article, suivant les règles d'imputabilité que nous avons exposées ci-dessus [5].

542. Il est également responsable s'il n'a pas conservé les droits de l'héritage donné en gage, si, par exemple, il a laissé perdre des servitudes actives, faute d'en user. « ***Etsi prædium fuit » pignoratum, de jure ejus repromittendum est » ne forte servitutes, cessante uti creditore, » amissæ sint*** [6]. » Peu importe que le créancier ne se soit pas enrichi par là ; le débiteur, propriétaire de la chose, qui a été obligé de s'en rapporter à lui pour la gérer et l'administrer, n'en a pas moins été appauvri par une négligence répréhensible, et il a droit à être dédommagé.

Remarquons toutefois, avec Azon, Accurse et le président Favre, que notre décision n'est applicable que lorsque le créancier a connu l'existence de la servitude. La négligence, ici, suppose la science et exclut l'ignorance. Ce serait au débiteur à s'imputer d'avoir laissé ignorer au créancier un droit qu'il avait juste raison de ne pas connaître.

543. Mais, de ce que l'engagiste est tenu de faire à la chose les dépenses utiles et nécessaires, il ne s'ensuit pas qu'il puisse y opérer des améliorations qui changeraient l'état des choses et imposeraient au propriétaire les charges d'un remboursement au-dessus de ses facultés [7]. L'engagiste n'agit pas de bonne foi quand il dépasse une certaine mesure que l'équité n'a pas de peine à trouver. Il fait tort au propriétaire en rendant plus difficile le retrait de sa chose [8]. C'est donc le cas de dire avec le jurisconsulte romain : « ***Medie a judice » hæc erunt dispicienda, ut neque delica- » tus debitor, neque onerosus*** creditor ***audia- » tur*** [9]. »

Par exemple, une étendue considérable de terre a été donnée à antichrèse par un homme qui a des facultés bornées et qui manque des facultés nécessaires pour la mettre en culture. L'engagiste y fait de grandes dépenses, la rend productive et lui donne une valeur considérable. Serait-il juste que ce créancier mît par son fait le débiteur dans la nécessité d'aller emprunter à d'autres créanciers pour payer ces améliorations? Serait-il équitable qu'il le privât du droit de retirer sa chose? Il est évident que le créancier a trop fait, et que le débiteur n'en doit pas souffrir.

544. Ces idées ont été appliquées dans l'espèce suivante :

Fould avait reçu en antichrèse, des frères Capon, leur fonderie de Vaucluse; il céda cette fonderie à une compagnie appelée la Compagnie de Vaucluse. Celle-ci, sans le consentement du propriétaire, changea le mode d'exploitation, fit de nouvelles constructions et employa de nouvelles machines. Le bail à antichrèse expiré, la compagnie prétendit qu'elle devait être remboursée de ses améliorations, sinon qu'elle avait le droit de les enlever (article 555 du Code civil).

Mais n'avait-elle pas dénaturé la propriété? n'avait-elle pas porté préjudice à autrui, en imposant au propriétaire des charges exorbitantes? L'article 555 était-il applicable à quelqu'un qui n'était pas un tiers? Non! et il fut jugé, par arrêt de la cour royale de Paris du

---

[1] Proudhon, t. t, n° 78.
[2] Pomponius, l. 8, D., *de pignerat. act.* L. 6, C., *de pignorib. et hypoth. Suprà*, n° 30.
[3] Pomponius, *loc. cit.*
[4] N° 434.
[5] N°s 426 et suiv. Ulp., l. 13, § 1, D., *de pignerat.* *act.* Paul, l. 14, D., même titre.
[6] Ulp., l. 15, D., *de pignerat. act.*
[7] *Suprà*, n° 433.
[8] *Suprà*, n° 436.
[9] Ulp., l. 25, D., *de pign. act. Suprà*, n° 435.

9 décembre 1836, que la compagnie n'avait droit qu'à la plus value et non au remboursement des impenses [1]. C'est là le *medie a judice dispicienda*, recommandé par le sage Ulpien.

Article 2087.

Le débiteur ne peut, avant l'entier acquittement de la dette, réclamer la jouissance de l'immeuble qu'il a remis en antichrèse.

Mais le créancier qui veut se décharger des obligations exprimées en l'article précédent peut toujours, à moins qu'il n'ait renoncé à ce droit, contraindre le débiteur à reprendre la jouissance de son immeuble.

SOMMAIRE.

545. L'antichrèse n'est pas parfaitement synallagmatique. Le débiteur est engagé plus étroitement que le créancier. Le créancier peut abandonner la chose et renoncer au bénéfice du contrat.
546. Mais le débiteur n'a droit à reprendre la chose que lorsqu'il a entièrement acquitté la dette.
547. L'antichrèse est indivisible.
548. Suite.
549. L'art 2082 du Code civil est-il applicable en matière d'antichrèse?
550. Suite.
551. La détention de la chose par l'antichrésiste conserve la créance. Il n'y a pas de prescription à lui opposer.
552. L'action du débiteur pour retirer la chose est imprescriptible tant que le créancier la possède.
553. Suite.
554. De la renonciation du créancier au contrat d'antichrèse.
555. Il peut renoncer à son droit de renonciation.
556. Suite.
557. Suite.

COMMENTAIRE.

545. Le contrat de nantissement, dont l'antichrèse est l'une des applications, n'est qu'imparfaitement synallagmatique [2]. Il lie le débiteur d'une manière plus étroite que le créancier. Le premier ne peut dégager sa chose que par le payement. Le second peut, au contraire, renoncer par sa seule volonté à un contrat qui a principalement en vue la protection de son intérêt. Telle est la pensée qu'exprime notre article. Il s'agit maintenant de la développer.

546. L'immeuble remis à antichrèse ne peut revenir au débiteur que lorsque celui-ci a entièrement acquitté la dette; sinon, le créancier le retient pour sa sûreté, et le débiteur ne saurait exercer contre lui l'action pigneratice à fin de restitution.

547. Tout doit être acquitté par le débiteur s'il veut faire cesser le droit de rétention du créancier; il doit avoir payé par le solde du compte, non-seulement le capital entier, mais encore les intérêts et les frais; car l'antichrèse sert de nantissement à toutes les parties de la créance, soit qu'elles soient principales, soit qu'elles soient accessoires [3].

548. Lors même qu'il ne resterait à payer qu'une faible partie de la dette, le créancier resterait saisi pour le tout. Ici reviennent les principes déjà connus sur l'indivisibilité du gage [4].

549. Mais appliquera-t-on ici l'art. 2082 du Code civil [5]? En d'autres termes si le débiteur a contracté depuis la constitution de l'antichrèse une nouvelle dette, devenue exigible en même temps que l'autre, le créancier sera-t-il fondé à retenir la jouissance de la chose jusqu'à l'acquittement de cette nouvelle dette, quand bien même aucune convention ne serait intervenue pour affecter la jouissance de la chose à ce second chef de créance?

D'après la loi romaine, l'affirmative ne faisait aucun doute [6], et je ne pense pas qu'elle en doive faire en droit français. Il y a ici la même raison de décider que lorsqu'on est dans le cas d'un gage mobilier. Même exception de dol contre le débiteur, même présomption que, si le créancier n'a pas exigé un gage précis, c'est qu'il a été sous-entendu que celui dont il était nanti pourvoirait à l'acquittement de la dette [7].

---

[1] Dall., 37. 2. 218.
[2] *Suprà*, nos 26, 31.
[3] *Suprà*, no 469.
[4] *Suprà*, nos 469 et 480.
[5] *Suprà*, no 462.
[6] L. unic., C., *etiam ob chirogr. pecun.*
[7] *Junge* Duranton, t. 18, no 565.

550. Mais il est bien entendu que ce n'est qu'entre les parties contractantes que ceci doit avoir lieu.

551. S'il s'était écoulé un très-long temps pendant lequel le créancier n'aurait pas exigé le payement de son capital, le débiteur n'aurait aucune raison plausible de lui opposer la prescription et de se prétendre libéré par ce moyen de droit. La détention de l'immeuble par le créancier antichrésiste proteste toujours en sa faveur contre l'abandon de son droit [1].

De Challan avait constitué en 1613 à sa sœur une dot de 3,100 écus d'or d'Italie, payable dans deux ans; faute de payement à l'échéance, il avait affecté, à titre d'antichrèse, les cens, rentes, tributs et autres devoirs féodaux à lui dus dans la juridiction d'Ussel et de Pontey.

La demoiselle de Challan, épouse de Villette, avait joui pendant très longtemps de ces prestations féodales en place de sa dot. Ses successeurs en avaient joui jusqu'après la révolution. Lorsque la France se fut emparée du Piémont, la suppression des droits féodaux priva les représentants des époux Villette de leur nantissement. Ils actionnèrent en conséquence les représentants de Challan en payement de 3,100 écus d'or. Ceux-ci opposèrent la prescription, et ce moyen fut accueilli par un arrêt de la cour impériale de Turin du 9 juin 1810. Mais cette décision ne put échapper à la cassation. Elle fut cassée en effet par arrêt du 27 mai 1812, fondé sur la loi 7, § 5, C., *de præscript*. 30 *vel* 40 *annor*., et 8, § 4, du même titre. La prescription d'une dette est en effet interrompue pendant tout le temps que le débiteur laisse jouir son créancier, à titre d'antichrèse, de l'immeuble engagé. En le laissant nanti de l'antichrèse, il reconnaît nécessairement la dette et fournit un moyen d'interruption contre lui-même.

552. Mais, réciproquement l'action du débiteur pour retirer la chose est imprescriptible tant que le créancier possède la chose à titre d'antichrésiste [2]. Nous renvoyons à ce que nous avons dit ci-dessus de cette règle et sur les exceptions dont elle est susceptible [3].

553. Nous ajouterons seulement que si la cause de la possession de l'engagiste venait à à être intervertie dans le cas de l'article 2238 du Code civil, il pourrait prescrire contre l'action en restitution de l'antichrèse [4].

554. Arrivons maintenant à la deuxième partie de notre article, et, après avoir vu le débiteur attaché au contrat par un lien étroit, et obligé d'en purger les conditions pour ravoir sa chose, voyons le créancier pouvant abandonner la chose pour se débarrasser des obligations onéreuses qu'il trouve dans l'antichrèse. « Il » est certain, disait Gary, qu'à moins de stipu» lation contraire, on ne peut être tenu d'exé» cuter une convention qu'on n'a formée que » pour sa sûreté et son avantage. » Si donc le créancier trouve que l'obligation de pourvoir aux frais, aux impôts, aux réparations, est onéreuse pour lui et ne lui laisse, au lieu des avantages qu'il se promettait, que le fardeau d'une administration incommode, il pourra s'en décharger en remettant la jouissance de l'immeuble à son débiteur [5]. Le nantissement est une convention accessoire à laquelle le créancier est maître de renoncer, et par là il ne renonce pas à sa créance principale [6]. Une renonciation ne s'étend pas au delà de ses limites.

Je suppose que le contrat porte que les intérêts se compenseront avec les fruits, et que les fruits frappés de stérilité pendant un grand nombre d'années soient insuffisants pour supporter les charges de la propriété, le créancier pourra remettre la chose au débiteur et faire valoir sa créance contre lui. Il en est de même dans tous les cas où la jouissance des biens donnés à antichrèse est pour le créancier une cause de soucis, d'inquiétudes, de tracasseries. La jurisprudence en offre de fréquents exemples [7].

555. Il n'y a qu'un cas où il ne le pourrait pas : ce serait celui où il aurait renoncé à cette faculté.

Ainsi, par exemple, il peut être convenu que le créancier sera tenu de garder l'immeuble jusqu'à ce qu'il ait recueilli une quantité suffisante de fruits pour acquitter sa créance en totalité.

Il peut être également convenu que, même dans le cas où les dépenses viendraient à excéder les fruits, le créancier serait tenu de garder l'immeuble, soit en prenant l'excédant pour son compte en pure perte, soit à la charge de se rembourser de cet excédant sur les années suivantes [8].

556. Du reste, cette renonciation ne pourrait pas résulter du long laps de temps.

557. Elle ne saurait résulter non plus du

---

[1] Mon comm. de la *Prescript.*, t. 2, nº 534, et nºs 618 et 628. Voy. *suprà*, nº 474. Merlin, *Prescript.*, sect. 1, § 7, q. 18. Zachariæ, t. 3, p. 175, note; édit. belge, t. 2, § 438. Duranton, t. 18, nº 553.

[2] *Suprà*, nºs 476 et suiv.

La faculté de reprendre le bien donné en engagère n'est pas prescriptible. Br., 14 juillet 1821. *J. de B.*, 1821, 2, 132; et 18 oct. 1821. *J. de B.*, 1821, 2, 242.

— Le créancier mis en possession à titre d'antichrèse ne peut commencer à prescrire en vertu du pacte commissoire stipulé dans l'acte qui contient l'antichrèse. *Déc. not.*, t. 9, p. 87.

[3] Nºs 477, 478, 479. Despeisses, t. 1, 262, nº 7.

[4] Mon comm. de la *Prescript.*, t. 2, nºs 504 et suiv. Arrêt de la cour de cassat. (ch. civ.), 24 août 1842 (Devill., 42, 1, 862).

[5] Mon comm. de la *Prescript.*, t. 2, nº 479.

[6] L. 3, D., *de pactis*.

[7] Deluca, *De usuris*, disc. 9, nºs 1, 9, 10, 11. Duranton, t. 18, nº 561.

[8] Delvincourt, t. 3, p. 416, note 3.

fait seul de la convention autorisée par l'article 2087 du Code civil [1]. Cette convention n'est pas suffisante à elle seule pour faire supposer que le créancier a voulu se priver du droit commun [2].

Article 2088.

Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de payement au terme convenu ; toute clause contraire est nulle : dans ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales.

SOMMAIRE.

558. Le créancier ne devient pas propriétaire de la chose par la longue possession d'antichrésiste. Il ne prescrit pas contre son titre.
559. Des conventions intervenues pour rendre le créancier propriétaire de la chose. Du pacte commissoire.
560. Il y a des conventions qu'il ne faut pas confondre avec le pacte commissoire. Exemple.
561. Suite.
562. Et renvoi.
563. Du pacte de *voie parée*, et du nouvel art. 742 du Code de procédure civile.
Critique de cette innovation législative.
564. Suite.

COMMENTAIRE.

558. Nous avons dit ailleurs que la plus longue possession n'a aucune vertu pour faire considérer l'antichrésiste comme propriétaire de la chose. Bien souvent cependant, à la suite de possessions prolongées, les engagistes, oubliant l'origine de leur tenure, ont fini par se persuader que cette chose, dont la jouissance s'était perpétuée dans leurs mains, leur appartenait ; mais on les a toujours ramenés à leurs titres. Un titre précaire ne peut être interverti.

559. Ce que la prescription ne saurait faire, la convention peut-elle l'opérer [3] ?

Elle le peut, sans doute, lorsque, les échéances étant arrivées et le créancier n'étant pas satisfait, la vente forcée et publique de la chose menace le débiteur de dépossession. Dans ce cas, rien n'empêche le débiteur de vendre amiablement sa chose au créancier *certo pretio*, de même qu'il pourrait la vendre à toute autre personne [4].

Mais consentir d'avance que la chose restera au créancier pour la somme prêtée, se soumettre à cette convention à une époque où le débiteur manque de la liberté nécessaire pour traiter avec connaissance de cause, c'est là le célèbre pacte commissoire dont nous nous sommes occupé ailleurs [5], et qui n'est pas moins dangereux dans les engagements d'immeubles que dans les nantissements mobiliers [6]. Notre article le proscrit dans les conventions d'antichrèse. Il veut que le créancier n'acquière par l'antichrèse d'autre droit que de faire procéder à la vente publique de la chose par saisie réelle. L'antichrèse ne doit pas se convertir d'elle-même en vente [7].

560. On ne verra cependant pas un pacte commissoire dans la clause qui porterait que, faute par le débiteur de payer à l'échéance, la chose restera au créancier moyennant une estimation qui sera faite alors [8]. Ceci est une promesse de vente conditionnelle, qui se réalise et arrive à l'état de vente consommée, avec toutes les précautions nécessaires pour que le débiteur ne soit pas trompé sur le prix. Ce prix n'est pas un prix fixé d'avance, à une époque où le débiteur passerait, s'il le fallait, sous les fourches caudines ; c'est un prix fixé à nouveau suivant la valeur actuelle, sans manœuvres, sans mauvaise influence et à dire d'experts. Le débiteur, qui est resté maître de sa chose, est aussi maître de la vendre, et, comme tel, il peut la vendre au créancier. L'important est que cette vente soit libre.

---

[1] *Contrà*, Zachariæ, t. 3, p. 178, note 5 ; édit. belge, t. 2, § 439.
[2] Duranton, t. 18, n° 534
[3] *Suprà*, nos 378 et suiv., ce que nous disons du pacte commissoire.
[4] *Suprà*, n° 387.
[5] *Suprà*, n° 378.
[6] Voet, *De pignorib. et hypoth.*, XX, 1, 25.
[7] L'antichrèse simple ne contient rien d'usuraire, à moins qu'il n'ait été stipulé que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble, faute par le débiteur de rembourser au terme convenu. Liége, 15 juin 1814. (Koep C. Ochre.) *Arr. not.*, 3, 1, 502.
[8] *Suprà*, n° 388.

Au surplus, cette vente ne saurait avoir lieu que sauf les droits réels attachés à la chose; elle ne pourrait nuire aux droits de tiers créanciers ayant hypothèque [1].

561. Ce n'est pas non plus un pacte commissoire lorsque le contrat de prêt porte que, faute de remboursement à l'échéance, le créancier deviendra propriétaire de tel immeuble, non engagé, non livré; comment y aurait-il pacte commissoire, puisqu'il n'y a pas impignoration [2]?

On a cependant représenté cette convention comme renfermant un pacte commissoire prohibé.

La dame Castanier, débitrice de 4,737 francs envers les époux Thouery, s'oblige, conjointement avec son mari, à payer cette somme à une certaine époque. Il fut convenu que les époux Castanier vendent sous condition suspensive aux époux Thouery quatre différents immeubles, en expliquant que la vente deviendrait irrévocable par la seule expiration de l'un des termes de payement, sans mise en demeure, et à charge de rembourser les sommes précédemment reçues.

Un arrêt de la cour royale de Montpellier du 17 août 1840 décide que l'obligation des époux Castanier n'a eu qu'un but : c'est de substituer une expropriation extralégale à celle de la loi, de changer les conditions de l'expropriation et d'écarter la mise en demeure, la concurrence, la publicité; que c'est un voile pour l'usure, et une violation des articles 2078 et 2088 du Code civil; qu'à la vérité, il n'y a pas eu ici mise en possession préalable du créancier, comme dans le cas de nantissement; que cette circonstance ne fait que rendre plus exorbitante l'expropriation du débiteur.

Cet arrêt a été cassé par arrêt de la chambre civile du 1er juillet 1844 [3].

Il n'y a pas eu impignoration : aucun immeuble n'a été remis en gage au créancier, il n'y a qu'une vente conditionnelle. La clause que la vente deviendra pure et simple faute de payement à telle époque ne rentre pas dans les dispositions de l'article 2088 du Code civil [4].

C'est aussi ce qu'enseigne le président Favre [5].

562. Au reste, nous ne voulons pas rentrer ici dans les détails dont nous nous sommes occupé dans le commentaire de l'article 2078. Nous y renvoyons.

563. Notre article, après avoir proscrit le pacte commissoire, après avoir déclaré nulle la clause qui le renferme, ajoute que le créancier pourra poursuivre l'expropriation du débiteur par les voies légales.

On demande si, pour éviter les frais, le débiteur ne pourrait pas convenir que la chose serait mise en vente après affiches, publicité et concurrence, mais sans recourir nécessairement aux formes dispendieuses de la saisie réelle?

Pour mon compte, je n'en faisais pas le moindre doute avant le nouveau Code des saisies réelles. La clause de voie parée (c'est ainsi qu'on nomme celle-ci) m'a toujours semblé parfaitement licite, dégagée d'inconvénients, et utile au débiteur [6]; et un arrêt de la cour de cassation du 29 mai 1840, rendu sur les conclusions de M. Dupin, procureur général, a pleinement adopté ce sentiment [7]. Dans l'ancien droit, tout le monde reconnaissait que le débiteur et le créancier pouvaient régler par stipulation les formes de la vente du gage [8].

Cependant, un aveugle préjugé s'est élevé contre cette doctrine. On a prétendu que les formalités de l'expropriation forcée sont d'ordre public, et que le débiteur ne peut être privé de leur douceur. A force de crier dans les tribunaux, dans les chambres et ailleurs, on est parvenu à arracher au législateur une disposition qui s'est introduite dans la nouvelle loi sur les saisies, et qui figure dans le Code de procédure civile à l'article 742, dans les termes suivants :

« Toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris avec lui, le » créancier aura le droit de faire vendre les im» meubles de son débiteur sans remplir les for» malités prescrites pour la saisie immobilière, » est nulle et non avenue. »

Puisque la loi existe, je la respecte dans la pratique, et j'en subis docilement l'exécution. Mais, au point de vue critique, j'avoue qu'il en est peu qui me semblent dominées par des principes plus étroits que cet article 742. J'ai toujours regretté qu'un nouveau président Favre ne se soit pas présenté, pour nous donner un autre traité *De erroribus pragmaticorum*, appliqué au droit moderne. Nulle question n'aurait été plus digne d'y figurer que celle-ci. Conçoit-on une idée plus bizarre et plus ridicule que de considérer les formalités de la saisie réelle comme tellement d'ordre public que la volonté libre des parties ne puisse s'en affranchir? Conçoit-on que celui qui peut vendre son bien sans formalités ne puisse pas stipuler qu'il sera vendu avec certaines formalités qui lui conviennent, et qui, du reste, sont pleinement satisfaisantes pour la raison, le crédit, la bonne foi?

Il ne faut pas se le dissimuler, la race des amis du droit strict n'est pas éteinte. Il est encore de dignes émules d'Appius Claudius,

[1] Mon comm. des *Hypoth.*, t. 3, nº 795 (4º).
[2] *Suprà*, nº 590.
[3] Dall., 44, 1, 344.
[4] Voy. *suprà*, nº 590.
[5] Code, VIII, 23, 2.

[6] Mon comm. de la *Vente*, t. 1, nº 77; et *Hypothèques*, t. 3, nº 795 (4º).
[7] Dall., 40, 1, 201.
[8] Duparc-Poullain, t. 7, p. 354, nº 209.

qui voient le droit dans la forme, et sacrifient le fond à la tyrannie des solennités. De tous les exemples qu'on en pourrait citer, il n'y en a pas de plus caractéristiques que cette passion pour la saisie réelle et cet aveuglement qui empêche de voir que les ventes volontaires avec publicité sont bien plus avantageuses que les ventes sur expropriation : dédales de détails minutieux, sources de chicanes et abîmes de frais.

564. Au reste, on remarquera que l'article 742 précité ne proscrit la clause de voie parée qu'autant qu'elle est opposée d'avance et avant l'expiration des délais. Il est bien heureux qu'on n'ait pas empêché le débiteur d'y consentir après cette expiration.

Article 2089.

Lorsque les parties ont stipulé que les fruits se compenseront avec les intérêts, ou totalement, ou jusqu'à une certaine concurrence, cette convention s'exécute comme toute autre qui n'est point prohibée par les lois.

SOMMAIRE.

565. De la compensation des intérêts avec les fruits.
566. Ce pacte dérive des lois romaines.
567. Comment il se légitime aux yeux de l'équité.
568. *Quid* s'il est clair qu'il n'y a pas *alea*?
569. Suite.
570. Suite.

COMMENTAIRE.

565. Pour éviter des redditions de compte, il arrive très-souvent que les parties font un forfait et stipulent que les intérêts de la créance se compenseront avec les fruits, soit en totalité, soit jusqu'à une certaine concurrence. Cette convention est autorisée par notre article; elle n'est pas usuraire de sa nature. Elle doit produire ses effets.

Voici comment Berlier en exposait l'utilité :

« Dans plusieurs des ci-devant parlements, » et surtout dans les ressorts qui suivaient le » droit écrit, les pactes de cette espèce étaient » souvent invalidés par les arrêts, sur le fondement de la lésion qui pouvait en résulter pour » le débiteur.

» Ces extrêmes entraves n'ont point paru » convenir à notre législation, et ce n'est pas » légèrement qu'une convention doit être réputée illicite.

» Suppose-t-on un créancier rigoureux à » l'excès? Il tâchera de se faire céder le fonds » à un prix très-médiocre, et il gagnera plus à » un tel marché que dans une clause de l'espèce » de celle que nous examinons.

» Cette clause, d'ailleurs, n'aura souvent pour » objet que d'éviter des embarras au créancier » et des frais au débiteur lui-même. Comment » donc l'interdirait-on? Et, en l'interdisant, ne » s'exposerait-on pas à blesser celui-là même » qu'on veut protéger? Si d'ailleurs cette voie » était fermée, combien ne resterait-il pas » d'autres issues à des contrats plus réellement » onéreux [1]?

566. Nous avons dit, du reste, ci dessus, que le pacte de compensation autorisé par notre article dérive des lois romaines [2]. Les empereurs en avaient consacré la légitimité, et notre article n'a fait que se conformer à ce précédent respectable.

567. Pour en faire ressortir la justice, il ne faudrait pas s'attacher à une comparaison minutieuse des revenus avec les intérêts, et exiger de part et d'autre une égalité mathématique. Le pacte en question n'en serait pas moins équitable alors qu'il y aurait, en fait, supériorité des fruits sur les intérêts. Quelle en est la raison? C'est que le revenu des fruits est aléatoire ; c'est que le créancier s'est exposé à une chance défavorable en consentant à prendre des fruits; quelquefois incertains, en place d'intérêts toujours assurés : *propter incertum fructuum eventum* [3]. En un mot, c'est là un contrat aléatoire, et, sous ce rapport, il se justifie pleinement. Cela devient surtout évident quand l'antichrèse porte sur des biens d'un entretien dispendieux et d'un revenu très éventuel, comme les vignes. Catellan [4] et Brillon [5] rapportent un arrêt du parlement de

[1] Fenet, t. 15, p. 211, 212.
[2] N° 498.
[3] Voy. ci-dessus le texte de la loi romaine.
[4] N° 5, ch. 1.
[5] V° *Antichrèse*, n° 1 *in fine*.

Toulouse de 1674, qui maintint l'antichrèse d'une vigne avec compensation des fruits et des intérêts, bien que le débiteur soutînt que les fruits excédaient du double le légitime intérêt. On s'attacha à l'incertitude des fruits et aux grands soins et aux grands frais qu'exige la culture de la vigne.

568. Mais qu'arrivera-t-il si les circonstances dans lesquelles l'antichrèse a été constituée excluent toute espèce d'*alea?* Il n'en faut pas douter, la clause est alors usuraire; un compte est nécessaire [1].

Tel était l'avis de Duneau, d'Heineccius [2] et de Noodt [3], dans leurs interprétations de la loi romaine. Tel est encore l'avis qui doit prévaloir aujourd'hui [4]. Goupil de Préfeln, orateur du tribunat, a positivement exprimé cette opinion comme rentrant dans l'esprit et le texte de l'article 2089. Il déclare que ce serait une erreur que de s'imaginer que toute convention de compensation est autorisée, quelque disproportion qu'il puisse y avoir entre les fruits et les intérêts. D'après les termes de la deuxième partie de l'article 2089, cette convention ne doit avoir son effet que comme toute autre qui n'est pas prohibée par les lois. Par là, le législateur a voulu se référer à l'article 1907 du Code civil, et réserver la puissance des lois qui répriment l'usure. Il ne permet pas que le créancier impose des conditions trop onéreuses à son débiteur, en exigeant des fruits d'une valeur évidemment disproportionnée avec les intérêts qui lui sont dus [5].

Il est donc constant que l'article 2089 doit être pris dans un sens raisonnable. Il ne doit pas servir de passe-port à l'usure palliée. Il ne permet pas indirectement ce que la loi defend d'une manière expresse et formelle.

469. Mais, pour briser la compensation stipulée, il faudrait, nous le répétons, qu'il fût visible que le contrat est exempt d'*alea* [6]. Si, par exemple, l'immeuble était affermé à un fermier solvable, pour un prix bien plus fort que les intérêts, qui pourrait douter de l'usure palliée contenue dans le contrat? Qui pourrait en douter aussi, s'il s'agissait d'une maison louée pour un long temps à de bons locataires payant un loyer bien supérieur aux intérêts [7]?

570. Ces idées ont été consacrées par un arrêt de la cour royale de Montpellier du 21 novembre 1829 [8]. Les motifs n'en sont pas parfaits; mais la décision est, en soi, excellente [9].

J'en dirai autant d'un arrêt de la cour royale de Bastia du 9 janvier 1839. Remarquons en passant que ce sont les cours du Midi qui fournissent le principal aliment aux questions de cette nature. La raison en est que le régime hypothécaire est moins pratique dans le Midi que dans nos autres provinces, que les prêts s'y contractent de préférence par le moyen de l'antichrèse, ou sous voile de vente à réméré; qu'enfin l'argent y est plus rare qu'ailleurs, la solvabilité des emprunteurs moins grande, et les occasions d'usure plus fréquentes.

Quoi qu'il en soit, voici l'espèce de l'arrêt en question :

Casanova emprunte à Colonna, marchand à Vico, 1,850 fr. En payement, il lui donne à antichrèse une maison avec faculté de rachat pendant 5 ans, autorisant Colonna à se payer sur ladite maison de ses déboursés dans le cas où le rachat n'aurait pas lieu au terme fixé. Le payement n'eut pas lieu à l'échéance, et cependant Casanova actionna Colonna en délaissement de l'immeuble.

Offre par Colonna de rendre la chose, si Casanova lui rembourse les 1,850 fr., frais, loyaux coûts, et 200 fr. de dommages et intérêts.

Casanova répond qu'il doit être fait un compte des loyers, afin de les imputer d'abord sur les intérêts, et ensuite sur le capital.

Colonna repond : qu'il n'est tenu, d'après les termes du contrat, de rendre aucun compte des loyers, et que, d'après l'article 2089 du Code civil, il est permis de stipuler que les fruits se compenseront avec les intérêts.

La cour de Bastia considéra que l'article 2089 n'a été édicté qu'à une époque où l'intérêt conventionnel n'était pas limité; qu'il se combine avec l'article 1907 du Code civil et qu'il a été modifié par la loi du 3 septembre 1807; que cependant il serait possible que la stipulation de compensation fût aléatoire; qu'il en serait ainsi si les revenus n'étaient pas sûrs, s'il y avait des chances pour qu'ils restassent au-dessous des intérêts; dès lors, avant faire droit, elle voulut connaître par experts quel peut être le revenu annuel [10].

ARTICLE 2090.

Les dispositions des articles 2077 et 2078 s'appliquent à l'antichrèse comme au gage.

---

[1] *Suprà*, n° 499.
[2] *Pand.*, part. 4, lib. 20, tit. 2, n° 16.
[3] Lib. 2, c. 9.
[4] Mon comm. du *Prêt*, n° 389. Chardon, *De la fraude*, t. 3, n° 482 et 507. Proudhon, t. 1, n° 73 et 83. Duvergier, *Prêt*, n° 267.
[5] Fenet, t. 15, p. 221, 222.
[6] Serres, *Instit. au droit français*, p. 458.
[7] Maynard, liv. 2, ch. 38.
[8] Dall., 30, 2, 156.
[9] Mon comm. du *Prêt*, n° 389.
[10] Dall., 39, 2, 39.

SOMMAIRE.

571. Renvoi et observation sur la dation de l'antichrèse par un tiers officieux.

COMMENTAIRE.

571. On peut consulter ce que nous avons dit nos 575, 480 et suiv.

Nous n'ajouterons qu'un mot. Un tiers officieux peut bien donner à antichrèse son propre bien. Mais il n'est pas permis d'engager l'immeuble d'un tiers à antichrèse sans son consentement.

Pierre, principal locataire d'une maison pour le prix de 15,000 fr., la sous-loue par des baux qui lui rapportent 20.000 fr. Il emprunte 5,000 francs à Titius et lui délègue les 5.000 fr. qui restent net sur les sous-locations. Est-ce une antichrèse de la maison? Non! le propriétaire seul aurait pu la donner à antichrèse, et il ne l'a pas fait. C'est tout simplement une dation en payement, une délégation de loyers [1].

Article 2091.

Tout ce qui est statué au présent chapitre ne préjudicie point aux droits que des tiers pourraient avoir sur le fonds de l'immeuble remis à titre d'antichrèse.

Si le créancier, muni à ce titre, a d'ailleurs sur le fonds des privilèges ou hypothèques légalement établis et conservés, il les exerce à son ordre et comme tout autre créancier.

SOMMAIRE.

572. Importance de l'art. 2091.
De la position de l'antichrésiste à l'égard des tiers.
573. Il n'a pas de droit réel.
574. Peut-il opposer aux tiers son droit de rétention?
575. Examen de cette question quand elle se présente entre le créancier antichrésiste et un tiers créancier hypothécaire, inscrit antérieurement.
576. *Quid* quand le créancier hypothécaire est postérieur?
577. Raisons pour rendre ceux-ci préférables.
578. L'antichrèse qui n'affecte pas l'immeuble ne saurait entrer en lutte avec l'hypothèque qui l'affecte réellement.
579. L'antichrèse ne crée que des rapports particuliers; elle ne transmet aucun démembrement de la chose.
580. Réponse à l'objection tirée de ce que l'antichrésiste est acheteur des fruits, et que le débiteur n'a pu transmettre de droits sur la chose qu'avec cette charge inhérente.
581. Suite.
582. Preuves que l'antichrèse n'affecte pas la chose.
583. Un acheteur de fruits qui n'a pas de droit réel dans la chose ne saurait entrer en concurrence avec celui qui a acheté la propriété.
584. Analogies dignes d'attention.
585. Suite.
586. Vrai caractère du droit de rétention. Erreur de quelques jurisconsultes sur la portée de ce droit.
587. Examen du texte de l'art. 2091, qui prouve que le droit de rétention ne milite pas contre les créances hypothécaires.
588. Raisons tirées du crédit particulier, qui veulent qu'il en soit ainsi.
589. Objection tirée de ce que l'antichrèse est une sûreté.
590. Suite.
591. Réponse à d'autres objections.
592. De la position de l'antichrésiste vis-à-vis des créanciers chirographaires.
593. Quand le créancier hypothécaire saisit la chose soumise à l'antichrèse, à quel moment les fruits cessent-ils d'appartenir à l'antichrésiste?
594. Des saisies de fruits entre les mains de l'antichrésiste par les créanciers chirographaires.
Elles sont sans effet.
Citation d'un arrêt du parlement de Toulouse.

COMMENTAIRE.

572. Notre article est un des plus importants de ce titre; dans ce qui précède, le législateur a réglé la position du créancier et du débiteur; dans l'article 2091, il va fixer les droits du créancier à l'égard des tiers.

573. L'antichrésiste n'a pas de droit réel dans l'immeuble [2]; cessionnaire des fruits, il n'est investi que d'un droit mobilier [3], et il est constant que, lorsque l'immeuble vient à être mis en vente, il n'a aucun droit de préfé-

---

[1] Championnière et Rigaud, t. 4, no 3155.
[2] *Suprà*, no 524.
[3] *Suprà*, no 526.

rence et de privilége sur le prix. C'est en quoi l'antichrèse se différencie surtout du gage. Le gagiste est privilégié; l'antichrésiste ne l'est pas. « La préférence sur le gage, dit Duparc-» Poullain, ne s'applique qu'aux meubles cor-» porels. L'engagement d'immeubles par l'acte » le plus authentique ne peut nuire aux hypo-» thèques, ni aux préférences des autres créan-» ciers, qui ne sont pas même tenus à la » discussion préalable des autres biens du dé-» biteur [1]. » A la vérité, on lit dans le nouveau Denizart [2] que l'antichrèse, comme le gage, donne un privilége sur tout autre créancier même antérieur. Mais cette proposition est fausse; les auteurs qui sont cités à l'appui ne la justifient pas. Dans tous les cas, le droit moderne la condamne hautement. Si donc un antichrésiste, usant de la faculté que lui accorde l'article 2088, venait à poursuivre l'expropriation du débiteur, il n'aurait droit que comme créancier cédulaire; il serait primé par les créances hypothécaires antérieures ou postérieures [3]. C'est, du reste, ce que Berlier a très-bien exposé dans les motifs de l'article 2088 [4].

574. Supposons maintenant que l'antichrésiste retienne la chose par devers lui, et que ce soit un créancier hypothécaire qui vienne la saisir entre ses mains. L'antichrésiste pourra-t-il lui opposer son droit de rétention et paralyser par là la marche de ses poursuites?

Pour résoudre cette difficulté, deux cas doivent être distingués. Il faut voir si le créancier hypothécaire est antérieur ou postérieur à la constitution de l'hypothèque.

575. Si le créancier saisissant est muni d'une hypothèque inscrite antérieurement à la constitution de l'antichrèse, tout concourt pour laisser à ce créancier l'intégrité de son action hypothécaire. Il a un droit de suite; il peut poursuivre l'immeuble partout où il va s'égarer en mains tierces. Il pourrait dessaisir un acquéreur; comment devrait-il s'arrêter devant un antichrésiste, qui n'est qu'un cessionnaire des fruits? L'antichrèse n'a pas dépouillé le débiteur de la propriété du fonds. *Dominium pignoris penes debitorem est, et in ejus bonis permanet.* Vainement l'antichrésiste se prévaudrait-il de son droit de rétention! Comme nous l'avons dit si souvent : la rétention n'est qu'une exception bonne à opposer au débiteur de mauvaise foi [5]. Elle est sans efficacité à l'égard d'un tiers. C'est ce qui a été jugé, au témoignage de Brodeau, par arrêt du 7 septembre 1588, rendu au parlement de Paris. Il fut même décidé que le créancier antérieur ne pouvait être renvoyé par l'engagiste (et c'était là la grande question du procès) à discuter préalablement le débiteur principal. En vain l'engagement avait-il été masqué sous couleur de contrat pignoratif. Le caractère d'aliénation ne parut que fictif, et l'on décida que le bénéfice de discussion n'avait été introduit qu'au profit des tiers devenus propriétaires par titre réel, et non pas au profit d'un engagiste dont la possession n'était que précaire, et dont le titre n'empêchait pas la propriété de reposer sur la tête du débiteur [6].

Nous disons donc que le créancier hypothécaire sera fondé à retirer la chose des mains de l'antichrésiste. C'est tant pis pour ce dernier s'il s'est contenté d'un gage fragile qui n'affectait pas la chose. D'ailleurs de quoi se plaindrait-il? n'a-t-il pas reçu la chose avec l'affectation hypothécaire? n'a-t-il pas su à quoi il s'engageait [7]?

576. Venons à notre seconde hypothèse. *Quid juris* si le créancier hypothécaire est postérieur à l'antichrèse? Notre article profitera-t-il à ce créancier comme au précédent? Lui permettra-t-il de retirer la chose des mains de l'antichrésiste?

La négative est fortement enseignée par Proudhon [8], dont Zachariæ [9] et Duranton [10] ont suivi la doctrine. En sens contraire, on peut citer Delvincourt [11]. Je ne mets pas au rang des autorités qui peuvent servir à trancher la question un arrêt de la cour royale de Toulouse du 22 juillet 1835, que les arrêtistes donnent comme favorable à la première opinion. Cet arrêt s'est positivement abstenu de juger la question de droit; il a vidé le litige entre les parties par l'appréciation des circonstances de fait [12].

Les raisons des premiers peuvent ainsi se résumer : L'antichrèse est une aliénation de jouissance; elle est entrée dans le patrimoine du créancier nanti. C'est un agissement consommé, dont le bénéfice ne peut lui être enlevé par le fait du débiteur [13]. Le débiteur, qui doit respecter l'antichrèse, ne saurait conférer à d'autres le droit de la faire tomber [14]. L'antichrèse est un nantissement; elle est destinée à procurer au créancier une sûreté (articles 2071, 2072). Or, que devient cette sûreté si le débiteur a le droit, en hypothéquant la chose, de la faire sortir des mains de l'antichrésiste?

[1] T. 7, p. 333, n° 108. *Infrà*, n° 575.
[2] V° *Antichrèse*.
[3] Proudhon, t. 1, n° 95. Mon comm. des *Hypothèques*, t. 3, n° 778.
[4] Fenet, t. 15, p. 210.
[5] *Suprà*, n°s 448, 419.
[6] Sur Louet, lettre H, somm. 9, n° 9.
[7] *Junge* Proudhon, t. 1, n° 88.
[8] T. 1, n°s 90 et suiv.
[9] T. 3, p. 177, et note 9; édit. belge, t. 2, § 438.
[10] T. 18, n° 560.
[11] T. 3, p. 444, note. *Junge* Dalloz, v° *Nantissement*, p. 401, et les arrêts cités *infrà*, n° 578.
[12] Dall., 35, 2, 188. *Pasicrisie*, à cette date.
[13] L. 11, D., *de reg. juris*.
[14] L. 143, D., *de regulis*.

Comment l'antichrésiste qui a un nantissement serait-il moins favorisé qu'un fermier, qui, dans le cas de l'article 1743, ne peut être expulsé par l'acquéreur? Quoi! un acquéreur serait obligé de respecter son droit, et l'on voudrait que l'antichrésiste fut expulsé par un créancier hypothécaire!

Pourquoi aurait on exigé que l'antichrèse fût rédigée par écrit, si elle ne devait pas produire d'effets à l'égard des tiers?

Et, en équité, la raison ne se révolte-t-elle pas à la vue d'une injustice qui ne va à rien moins qu'à enlever à un créancier légitime un payement qu'il a reçu légalement en acquit de de sa créance? Depuis quand peut-on, au moyen d'obligations contractées après coup, priver une partie du bénéfice de sa position?

Non, tout cela n'est pas possible. L'antichrésiste ne peut pas plus être dépossédé par l'acquéreur ou le créancier hypothécaire avec lesquels le débiteur a traité, postérieurement à la constitution de l'antichrèse, qu'il ne pourrait l'être par le débiteur lui-même. Ce n'est donc qu'en lui offrant le remboursement pécuniaire de sa créance qu'on peut le priver de sa jouissance.

577. Cette opinion, quelque spécieuse qu'elle soit au premier aperçu, n'est pas la mienne, et quand les auteurs en question crient à l'injustice, ils se laissent prendre à des apparences trompeuses; ils ne voient pas le vrai de la situation.

Une première anomalie vient frapper l'esprit dans le système qui fait à l'antichrésiste cette position inexpugnable:

Si le débiteur avait des créanciers antérieurs à l'antichrèse et des créanciers postérieurs, comme les premiers ont incontestablement le droit de saisir la chose, de la retirer des mains de l'antichrésiste et de provoquer un ordre [1], il arriverait que les créanciers postérieurs venant à cet ordre primeraient la créance de celui qui ne pourrait se prévaloir que de sa seule antichrèse; par ce seul fait qu'il y aurait des créanciers antérieurs, les créanciers postérieurs auraient l'avantage sur l'antichrésiste. Et cependant on ne veut pas que ces mêmes créanciers jouissent de cet avantage, parce que cette circonstance fortuite de l'existence de créanciers antérieurs ne se vérifiera pas. Ainsi, le droit des créanciers postérieurs varierait suivant le hasard, suivant des faits indépendants de tout calcul de prudence.

Voici une seconde anomalie du système que nous combattons:

Ses partisans sont obligés de convenir que si l'immeuble était mis en vente, le créancier postérieur l'emporterait sur l'antichrésiste. Et cependant ils veulent que lorsque le créancier agit par l'action hypothécaire, il ne puisse déposséder l'antichrésiste qu'en lui offrant le payement de sa créance, ou bien, comme Proudhon le dit naïvement [2], « *qu'en souffrant qu'il le » prélève à l'ordre, sur le prix du fonds.* » Or, que devient le principe qui veut que l'antichrésiste n'ait pas de privilège [3]? Quelle différence y a-t il alors entre le gagiste et l'antichrésiste? Si la rétention conduit l'antichrésiste au privilège à l'égard des tiers, de même qu'elle y conduit le gagiste, comment Proudhon peut-il sérieusement enseigner, quelques lignes plus bas, que l'antichrésiste n'est pas privilégié [4]? N'est-ce pas constituer le privilége, et le nier ensuite? N'est-ce pas faire produire à l'antichrèse les mêmes effets qu'au gage? N'est-ce pas transformer l'antichrèse en droit réel? Car tout privilége est fondé sur une affectation réelle dans la chose [5].

578. Je pense, pour mon compte, que les auteurs précités se trompent manifestement.

Comme le créancier antichrésiste n'acquiert que la faculté de se payer sur les fruits de l'immeuble engagé, comme il n'acquiert sur cet immeuble aucun droit réel, il s'ensuit que son antichrèse ne saurait entrer en lutte avec l'hypothèse assise sur la chose et qui la tient spécialement et réellement engagée.

Peu importe que l'hypothèque ait précédé l'antichrèse, ou qu'elle l'ait suivie. Le débiteur est resté maître de la chose; il a pu l'hypothéquer, et le droit des créanciers hypothécaires, ainsi constitué en face de l'antichrèse préexistante, peut s'exercer sur l'immeuble.

Tel est le sens de l'art. 2091. S'il n'avait fait que réserver le droit des créanciers antérieurs à l'antichrèse, il aurait été oiseux et surabondant; l'utilité de sa disposition, c'est précisément d'avoir déclaré, sans distinction, que l'antichrèse n'a aucun caractère réel pouvant faire obstacle aux hypothèques acquises à quelque époque que ce soit [6].

579. Le vice de l'argumentation que je com-

[1] *Suprà*, nº 575.
[2] Nº 94.
[3] *Suprà*, nº 563.
[4] Nº 95.
[5] *Suprà*, nº 449.
[6] Liége, 14 juillet 1821 (Dall., *Nantissement*, p. 401) Bastia, 9 mai 1838 (Dall., 38, 2, 113).

Je trouve dans les recueils un arrêt de Bourges du 24 juillet 1828 (Dall., 32, 2, 21, et Devill., 9, 2, 127); *Pasicrisie*, à cette date. Mais les arrêtistes ne donnent pas l'exposé des faits, et ils laissent ignorer le point capital, à savoir si les créanciers hypothécaires étaient antérieurs ou postérieurs. Omission inexplicable.

En cas d'expropriation de l'immeuble donné en antichrèse, le créancier auquel ce droit a été conféré ne peut que réclamer sa collocation dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix, s'il a pris inscription hypothécaire pour la conservation de ses droits. Liége, 14 juill 1821 (Vesques C Neu), *Arr. not.*, 9, 1, 108.

Coutume de Luxembourg. L'antichrèse ou engagère, sous l'empire de la coutume de Luxembourg,

bats, c'est qu'elle perd de vue le vrai caractère de l'antichrèse. En quoi consiste l'aliénation? Elle ne crée que des rapports particuliers entre le débiteur et le créancier. Elle ne transmet à celui-ci aucun droit qui démembre la chose, et en retire rien de réel. Le débiteur est donc resté maître du fonds dans toute sa plénitude. Il n'en a détaché aucune parcelle foncière; et par là il a conservé, au moins à l'égard des tiers qui n'ont pas été partie à l'antichrèse, le droit de le vendre, de le grever de droits réels, de l'hypothéquer. Sans doute, en le vendant sans imposer à l'acheteur la loi de respecter l'antichrèse, il commet une action contraire à la morale; il est responsable auprès de l'antichrésiste par l'action pigneratice contraire. Des dommages et intérêts peuvent être prononcés contre lui. Mais l'acheteur, qui est un tiers, et pour lequel le contrat d'antichrèse est *res inter alios acta*, l'acheteur qui ne trouve sur la chose aucune affectation qui entame le fonds, qui n'y rencontre qu'une possession précaire, sans énergie, l'acheteur peut expulser l'antichrésiste sans tenir aucun compte d'un contrat qui n'engendre que des rapports particuliers et ne crée pas de droit réel.

580. Mais, dit-on, l'antichrésiste a acheté les fruits de la chose, et le débiteur qui les a aliénés en sa faveur ne peut les vendre une seconde fois à autrui [1]; *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.* Nous répondons que cette question se résout comme se résolvait, dans l'ancien droit, la question du bail à l'égard des tiers. Le fermier pouvait être comparé à un acheteur des fruits [2], tout aussi bien que l'antichrésiste. Et cependant, comme le bail ne lui communiquait pas de droit réel dans la chose et que l'acheteur en avait un, on décidait que ce dernier l'emportait sur le premier et qu'il n'était pas obligé d'entretenir le contrat. « *Colonus*, disait Cujas, *non habet jus » in re quom conduxit; legotorius vero, dono- » tarius, fructuarius, emptor, habent jus in » re; et merito igitur præferuntur colono* [3]. » Et cette décision est fondée sur des principes si incontestables [4], qu'il faudrait la suivre encore aujourd'hui, si l'art. 1743 n'avait pas introduit d'autres règles plus favorables à la stabilité des droits du preneur.

581. Or, s'il est vrai que l'antichrésiste n'ait pas de droit réel dans la chose; s'il n'est pas, sous ce rapport, de meilleure condition que ne l'était le locataire de l'ancienne jurisprudence, comment l'acheteur serait-il tenu d'entretenir son contrat? L'acheteur du fonds n'est tenu que des charges réelles dont ce fonds est affecté; il n'est pas tenu des obligations qui ont pu être contractées entre l'antichrésiste et son débiteur. D'un autre côté, l'acheteur n'a pas traité avec l'antichrésiste; aucun lien n'existe entre eux deux. Simple successeur particulier, il n'est pas tenu des obligations personnelles de son auteur. Les obligations personnelles ne passent qu'aux successeurs universels qui sont *loco hæredum* [5].

Il faut donc reconnaître que l'acquéreur n'est astreint à l'entretien de l'antichrèse, ni de son chef, ni du chef de son vendeur.

582. Nous avons dit que l'antichrèse ne confère au créancier aucun droit réel qui se puisse comparer à l'usufruit, à l'emphytéose, etc., etc. Pour se convaincre de cette vérité, déjà exprimée du reste plus d'une fois dans le cours de ce commentaire [6], il est bon de porter son attention sur la loi 11, § 1, D., *de pignorib. et hypothec.* Si l'antichrésiste, dit Marcianus, perd la possession de la chose engagée, quelle action aura-t-il pour protéger son droit? Sera-ce l'action réelle hypothécaire contre le tiers qui l'aura dépossédé? Non! Marcianus n'en parle pas. Il n'accorde au créancier que l'action *in factum* contre le débiteur. Ce qui fait dire à Vinnius qu'il ne faut pas juger l'antichrésiste au point de vue d'un vrai gagiste, qui a l'action réelle. L'antichrésiste est destitué d'action contre le tiers; il n'a pas d'action hypothécaire; il n'a qu'une action personnelle entre lui et son débiteur [7].

Je reconnais cependant que tous les interprètes du droit romain ne sont pas d'accord sur ce point. Cujas ne croit pas, avec Azon, que l'antichrésiste soit privé de l'action hypothécaire [8]. Mais, outre que cette proposition de Cujas n'est appuyée sur aucun texte, ainsi qu'il semble lui-même le reconnaître, il est certain que, du moins en droit français et sous le Code civil, elle n'a pas le moindre fondement. Nous ajoutons que Proudhon et les autres auteurs que nous combattons accordent aujourd'hui cette vérité.

583. Ceci posé, nous dirons que, de même que l'acheteur pouvait expulser le fermier dans

---

a conféré au créancier, à titre d'antichrèse, un droit réel indépendant de toute inscription hypothécaire.

L'acheteur qui a acquis depuis la publication du Code un immeuble donné en antichrèse sous l'empire de l'ancienne loi, n'en est pas devenu propriétaire absolu, faute par le créancier auquel le droit d'antichrèse a été conféré d'avoir requis inscription hypothécaire dans la quinzaine de la transcription. Quoilin C. Gaspard. *Arr. not.*, 9, 1, 111.

[1] Voy. un arrêt cité par Despeisses, t. 1, p. 125, sur l'autorité de Steph. à S. Joanne, *décis.* 138.

[2] Mon comm. du *Louage*, t. 1, nº 21, où je cite les autorités, Cujas et les lois romaines.

[3] Mon comm. du *Louage*, t. 2, nº 474.

[4] *Junge* Pothier, *Louage*, nº 62, et surtout nº 288. L. 9, C., *loc. cond.* L. 32, D., *loc. cond.* L. 59, D., *de mut.*

[5] Pothier, *Louage*, nº 62.

[6] *Suprà*, nºs 245, 573.

[7] *Quæst. select.*, 2, 7, 2. Voy. *suprà*, nº 524.

[8] III, *observat.* 35

l'ancien droit, de même, sous le Code civil, qui loin de faire pour l'antichrésiste ce que l'article 1743 a fait pour le fermier, déclare, au contraire, que l'antichrèse ne milite pas contre les tiers, l'acquéreur de l'immeuble est fondé à évincer l'antichrésiste même antérieur. L'un et l'autre tiennent de la nature d'acheteurs de fruits. Le droit réel transmis à l'acheteur attire à lui, par droit d'accession et par la puissance du droit de propriété, les fruits produits par la chose. Il l'emporte sur le droit purement personnel de l'antichrésiste, lequel n'a d'action que contre celui avec lequel il a contracté.

584. Nous avons comparé l'antichrésiste avec le fermier de l'ancien droit. Or, ce que nous venons de dire à ce sujet, nous pouvons le répéter de tous les contrats qui donnent la possession d'un immeuble sans toutefois attacher des droits réels à cette possession.

C'est ainsi, par exemple, que l'acquéreur d'un immeuble n'est pas tenu du commodat qui a donné à un tiers la possession de la chose [1]. Quelle en est la raison? C'est que le commodat ne produit pas de droit réel; c'est qu'il n'engendre que des rapports personnels. Il est difficile de voir pourquoi il en serait autrement de l'antichrésiste, qui, avec des nuances diverses, n'a cependant pas plus de droit réel que l'emprunteur de la chose.

585. Voici maintenant la conséquence qui se tire de tout ceci : Si tels sont les droits de l'acheteur postérieur à l'antichrèse, ceux du créancier hypothécaire postérieur ne sauraient être différents. Il a un droit réel, tandis que l'antichrésiste n'en a pas, et l'on peut dire avec Cujas : *Habet jus in re, et merito præfertur*. Rien ne s'opposera donc à ce qu'il vienne saisir l'immeuble dans les mains de l'antichrésiste et en poursuivre la vente par expropriation.

586. Quant au droit de rétention qui fait le champ de bataille de Proudhon et de ses partenaires, je n'en suis pas touché le moins du monde. Ces auteurs ne font pas attention qu'ils opposent l'exception de rétention à un créancier contre lequel elle n'a pas été établie; ils ne font pas attention qu'ils la détournent de son but et la poussent au delà de ses limites. Elle ne milite, en effet, que contre le débiteur. Elle ne se tourne pas contre les tiers de bonne foi.

Il pouvait en être autrement sous l'empire de quelques coutumes dans l'ancien régime. Je vois, en effet, d'Argentré enseigner qu'en Bretagne l'antichrésiste avait la rétention *jure hypothecæ* [2]. Notez ces derniers mots; ils prouvent combien il serait dangereux de transporter de pareilles doctrines dans notre jurisprudence. Aujourd'hui aucun droit réel ne se trouve mêlé au droit de l'antichrésiste, et le droit de rétention n'est pas autre chose qu'une exception bonne à opposer au débiteur de mauvaise foi; il n'a pas de puissance contre les tiers.

Du reste, que ceux qui résistent à l'adoption de cette vérité consultent la loi 1, C., *etiam ob chirograph*. L'empereur Gordien y consacre le droit de rétention imité et admis par le 2e § de l'article 2082 du Code civil. Eh bien! la question se présente de savoir si le créancier possesseur pourra l'opposer aux créanciers à qui la chose a été hypothéquée depuis qu'il est en possession. Quelle est la réponse de l'empereur? que la rétention n'a pas lieu à l'égard de ceux ci. Et pourquoi? Parce que cette rétention n'est fondée, dans ce cas, sur nu aucun droit réel appartenant au possesseur [3]; c'est qu'elle n'est qu'une exception de mauvaise foi contre le débiteur! Or, en matière d'antichrèse, la rétention repose-t-elle sur quelque droit réel? pas le moins du monde. La loi romaine précitée établit donc une analogie décisive.

587. Et c'est ce que le texte de notre article me paraît clairement indiquer. Après avoir réservé dans la première partie le droit des tiers, il veut, dans la seconde, que les rangs soient fixés suivant le rang des privilèges et hypothèques, sans que l'antichrèse puisse servir de prétexte à aucune préférence. Ne suit-il pas de là que l'antichrésiste ne saurait s'opposer à la vente de l'immeuble, qu'il doit subir la loi de l'ordre, et que c'est seulement dans une hypothèque, et non dans l'antichrèse qu'il peut puiser les moyens de balancer les droits des tiers.

588. Il y a de bonnes raisons pour qu'il en soit ainsi.

L'antichrèse n'est pas pareille au gage mobilier qui déplace la chose et la transporte, par un passage palpable et matériel, de la main du débiteur dans et sous la main du créancier. L'immeuble antichrésé est bien livré au créancier; mais il ne subit pas un déplacement physique, incompatible du reste avec la nature des choses. Il ne change pas de lieu pour changer de main; il demeure immuable sous le nom de son propriétaire, et les tiers sont toujours autorisés à croire qu'il est resté sans charge ni diminution dans son patrimoine. Qui leur a dit que le possesseur était un antichrésiste? Est-ce qu'il n'a pas pu se montrer à leurs yeux comme un fermier, comme un procureur, comme un administrateur, et nullement comme un rival prétendant droit sur la chose? Où en serait donc le crédit, si après avoir stipulé des hypothèques de bonne foi, les prêteurs étaient primés par un créancier qui s'est contenté de garanties n'ayant rien d'inhérent à la chose? Où serait la justice si l'hypothèque, gage énergique qui affecte la chose, avait à craindre un gage sans affectation? Pourquoi cette faveur accor-

[1] Mon comm. du *Prêt*, nº 17.
[2] Art. 61, note 1, nº 3.
[3] *Supra* nº 448.

dée à un gage qui dort et ne se montre pas, sur un gage à qui sont imposées des conditions de publicité et de vigilance?

589. Mais, dit-on, l'antichrèse est une sûreté; elle est un nantissement, et tout cela cesserait d'être vrai si le débiteur pouvait, par son fait, enlever à l'antichrèse sa garantie.

Sans doute, elle est une sûreté; mais elle est une sûreté moins forte que l'hypothèque, et on veut la rendre plus forte que l'hypothèque! Sans doute, elle est un nantissement; mais elle est un nantissement sans affectation réelle, un nantissement à qui manque son principal nerf pour valoir à l'égal de l'hypothèque, et l'on voudrait qu'elle valût plus que l'hypothèque!

590. C'est pour cela que Vinnius doutait sérieusement que le créancier eût le droit de gage dans la chose antichrésée [1]. Et il faut convenir que, sous beaucoup de rapports, ces doutes sont très-fondés. La privation du *jus in re* enlève évidemment à l'antichrèse un des caractères les plus éminents du *pignus*. Ce qui fait la sûreté de l'antichrésiste, c'est la possession de la chose et non la chose même [2]. Or, cette possession n'a rien qui affecte la chose, rien qui participe du droit réel, rien qui puisse arrêter un droit réel rival [3].

591. Enfin, que dire de la raison tirée de l'article 2085 qui veut que l'antichrèse soit rédigée par écrit? Qui ne voit que, même dans notre système, il y a une foule de cas où la rédaction d'un écrit est nécessaire pour fixer la position de l'antichrésiste à l'égard des tiers [4]?

592. Nous venons de voir la position de l'antichrésiste vis-à-vis d'un acheteur, vis-à-vis d'un créancier hypothécaire antérieur, vis-à-vis d'un créancier hypothécaire postérieur.

Que dirons-nous d'un créancier qui n'aurait dans la chose aucun droit réel, mais qui se présenterait en vertu d'un titre exécutoire pour faire exproprier l'immeuble?

Suivant Proudhon [5], ce créancier, lors même que son titre précéderait l'antichrèse, devrait échouer. *In pari causa melior est causa possidentis.*

C'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Toulouse du 14 mai 1725 [6]. Cet arrêt a entendu décider, dit Vedel, que le créancier, nanti du gage, a droit de rétention jusqu'à ce qu'il soit payé des sommes qui lui sont dues par le débiteur en capital, intérêts et frais; et cela au préjudice de créanciers même antérieurs et par préférence.

Cet arrêt est fondé, ajoute Vedel, sur la loi 1, Code, *etiam ob chirograph. pecuniam*, et sur la doctrine de Cujas dans ses paratitles sur ce titre du Code. Mais ni cette loi ni Cujas ne disent rien de semblable, et je ne conçois pas que Vedel rattache l'arrêt du 14 mai 1725 à leur autorité.

Je pense, toutefois, qu'il doit servir de précédent bon à suivre, et, en deux mots, voici pourquoi :

Les créanciers chirographaires n'ont de droit à aucun titre sur les fruits de la chose; le débiteur les a aliénés. Comment les attireraient-ils à eux? Par un droit réel? ils n'en ont pas. Ils sont donc obligés de subir cette cession; et s'ils veulent la faire tomber, ils doivent désintéresser le créancier saisi.

593. Passons maintenant à d'autres aperçus.

Nous avons dit que les créanciers hypothécaires, soit antérieurs, soit postérieurs, peuvent retirer la chose des mains de l'antichrésiste. Mais à partir de quelle époque cessera la perception des fruits au profit de l'antichrésiste?

Tant que l'hypothèque sommeille, les créanciers hypothécaires sont sans droit sur les fruits. Ce sont des choses mobilières dont le débiteur ne leur doit pas compte. L'antichrésiste jouit donc des fruits; les créanciers n'ont pas à critiquer sa jouissance.

Mais, dès l'instant que l'hypothèque se met en mouvement, on arrive à d'autres résultats. L'action hypothécaire immobilise les fruits [7], et, par l'effet de la dénonciation de la saisie à l'antichrésiste, les fruits sont immobilisés à partir de ce moment. Ils font partie du fonds, ils échappent à l'antichrèse et tombent sous la main de l'hypothèque [8].

594. Quant aux saisies de fruits opérées entre les mains de l'antichrésiste par les créanciers chirographaires, elles sont sans valeur. Le débiteur a délégué ces fruits; il a voulu que son patrimoine en fût appauvri; et des créanciers, dépouillés de tout droit réel qui attire ces fruits à eux, ne sauraient ébranler cet état de choses, ouvrage de la bonne foi et d'une volonté libre [9].

Il n'y a aucune comparaison à établir entre ce cas et ceux où l'antichrésiste est placé en face d'un acheteur ou d'un créancier hypothécaire. L'acheteur est devenu propriétaire de la chose, et, par droit d'accession, les fruits à échoir lui appartiennent en vertu du *jus in re* le plus saillant. Il est dès lors impossible de lui préférer un antichrésiste qui n'a rien de réel dans son droit, et qui ne peut, au nom du propriétaire, récolter des fruits dont le propriétaire n'est plus maître. C'est aussi le *jus in re* qui protége le créancier hypothécaire et attire

[1] *Quæst. select.*, lib. 2, ch. 7. *Suprà*, n° 496.
[2] L. 11, § 1, D., *de pignorib. et hypoth.*
[3] *Suprà*, n° 524.
[4] Voy. d'ailleurs *infrà*, n° 593.
[5] T. 1, n° 87.
[6] Vedel sur Catellan, n° 5, ch. 1.
[7] Art. 2176, C. civ. Art. 689, C. proc. civ.
[8] Mon comm. des *Hypoth.*, t. 3, n° 778 *bis*. Bourges, 24 juillet 1828 (Dal., 32, 2, 21; Devill., 9, 2, 127). *Pasicrisie*, à cette date.
[9] Mon comm. des *Hypoth.*, *loc. cit.*

à lui, dans un moment donné, les fruits de la chose. Ici, rien de pareil : le propriétaire n'a pas aliéné sa chose; il ne l'a pas démembrée par la constitution d'un *jus in re* au profit d'un tiers. Dès lors, en délégnant les fruits de cette chose, il use de son droit ; c'est là un fait que des créanciers chirographaires doivent respecter comme le libre exercice du droit de propriété.

C'est ce qui a été jugé au parlement de Toulouse par arrêt du 17 aout 1701 (1), rendu après partage.

Madeleine Vigne avait engagé une terre à Jean Muratel, avec condition que les fruits et les intérêts se compenseraient.

Judith et François Moratel, créanciers de Madeleine Vigne, firent saisir les fruits de cette terre. L'antichrésiste y mit opposition.

Devant les tribunaux inférieurs il succomba, la saisie fut déclarée bonne et valable. Sur l'appel, il y eut partage à la deuxième chambre des enquêtes.

Les partisans de la saisie disaient que l'antichrèse n'avait pas transporté la propriété ; que le débiteur était resté maître de sa chose ; que l'engagiste n'en avait qu'une possession précaire. Mais on répondait : Le débiteur aliène par l'antichrèse les fruits de la chose ; il les donne en payement des intérêts. C'est une vente de fruits, *datio in solutum*. Or, les fruits d'une ferme ne peuvent être saisis par le créancier de celui qui a donné la chose à ferme. Il doit en être de même des fruits de la terre donnée en antichrèse.

Dans le sens de la saisie, on ajoutait : L'intérêt pour lequel on cède les fruits n'est pas échu. L'action n'est donc pas née pour demander cet intérêt. Dès lors les fruits ne peuvent être donnés en payement. Point de dette échue, point de payement. Mais, répondait-on, n'est-il pas vrai qu'un fermier, qui n'est qu'un acheteur de fruits, comme l'engagiste, peut faire des payements par anticipation? Pourquoi donc nierait-on la légitimité d'un payement anticipé fait par le débiteur à l'antichrésiste?

Sur ces raisons, le partage fut vidé en faveur de l'antichrésiste, au rapport de M. de Comère, et la saisie déclarée nulle.

(1) Journal du palais de Toulouse, arrêt 178, à sa date; et le Nouveau Denizart, vº *Antichrèse*.

FIN.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LE NANTISSEMENT, LE GAGE ET L'ANTICHRÈSE.

Préface. III

Du Nantissement. 17

Chap. I. — Du Gage. 29

Chap. II. — De l'Antichrèse. 150

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE ANALYTIQUE

DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE

DU COMMENTAIRE SUR LE NANTISSEMENT, LE GAGE

ET L'ANTICHRÈSE.

NOTA. Le chiffre indique le numéro.

A

ACCESSOIRES. Le gage s'étend aux accessoires de la chose donnée en gage. 84.

ACTE D'ADMINISTRATION. Si l'antichrèse est un acte d'administration. 519.

ACTE DE NANTISSEMENT. Formes qu'il doit contenir. 158, 186 et suiv.

ACTIONS. Des actions découlant du *pignus*. 13. — Action servienne et quasi-servienne. 13 et 14. — De l'action pigneratice directe qui appartient au débiteur pour se faire rendre la chose quand il a payé. 29. — De l'action pigneratice contraire. 30.

ALEA dans l'antichrèse. 567, 568, 569.

AMÉLIORATION. 545, 435 et 436.

ANTICHRÈSE. C'est l'engagement des immeubles. 23. — Elle est moins favorable au crédit que l'hypothèque. 23. Voy. *Préface*, VII. — Sens du mot antichrèse. 496. — Discussion de Saumaise contre les jurisconsultes. Vinnius est de son avis. 496. — Définition de l'antichrèse par Marcianus. 497. — Elle compense les fruits avec les intérêts. 497 et suiv., 565. — Condamnation de l'antichrèse par le droit canon. 501. — Exceptions. 502. — Jurisprudence française sur l'antichrèse. 503. — On l'appelle *mort gage*. 593. — Quelle différence y avait-il dans l'ancien droit entre l'antichrèse et l'*engagement*? 504. — Voy. aussi *Préface*. — De l'antichrèse sous le Code civil. 512 et suiv. — Elle suppose une mise en possession. 513. — Des formalités de l'antichrèse. 514. — Celui qui a droit aux fruits peut constituer l'antichrèse. 517. — L'antichrèse est-elle un acte d'administration. 519. — Elle diffère beaucoup du gage mobilier. 524, 588. — Elle ne donne pas de droit réel. 573, 582. — Différence du bail et de l'antichrèse. 524, 582, 583, 584. — L'antichrèse ne confère qu'un droit mobilier. 526, 573. — Si l'antichrésiste peut procéder à un bornage. 527. — L'antichrèse contient une dation en payement. 532, 594. — De quelle manière l'antichrésiste exerce-t-il sa possession. 533. — Compte des fruits dans l'antichrèse. 535. — Charges de l'antichrèse. 539 et suiv. — L'antichrésiste peut renoncer à son gage. 554, 555. — Du pacte commissoire dans l'antichrèse. 559 et suiv. — De la clause de compensation des fruits avec les intérêts. 565. — Du concours de l'antichrésiste avec les tiers. 573. — Comparaison de l'antichrèse avec une cession de fruits. 575.

AUBERGISTE. A un gage tacite. 43.

AVANCES. Quand sont elles privilégiées. 133. — Étendue de ce mot. 207, 208, 209. — Ce qu'il signifie dans les opérations de commission. 212. — Pour que le gagiste soit privilégié, il faut que l'avance ait été faite en contemplation du gage, ou que le gage ait été donné en contemplation de l'avance. 217. — A cette condition le privilége existe, soit que la somme ait été payée avant la réception du gage, soit que le gage ait été reçu avant. 218. — Erreur de ceux qui prétendent que dans le droit commercial le gagiste n'est pas dispensé de l'art. 2074, quand l'avance a précédé l'envoi de la marchandise. 219 et suiv. — Dangers de cette erreur pour le crédit de beaucoup de places manufacturières où les banquiers font des avances aux ouvriers. 229, 230. — Autorité de Valin invoquée. 231. — Des avances et du privilége du sous-consignataire. 233, 234. — Des avances successives et du privilége auquel elles peuvent prétendre. 236.

B

BAIL. Pourquoi le bail est un acte d'administration. 519. — Différence du bail et de l'antichrèse. 525, 581. — Et des cessions de fruits. 580.

BANQUES PUBLIQUES. Si elles sont assujetties au droit commun pour la conservation de leur privilége de gagiste. 151.

BATAILLE. Gage de bataille dans la procédure féodale. *Préface*, p. III.

BONNE FOI. De la bonne foi requise dans le nantissement. Elle donne naissance à l'action pigneratice contraire. 30. — Le nantissement est un des contrats dont la bonne foi est l'élément. 32.

BORNAGE. Si l'antichrésiste peut faire un bornage. 527.

C

CAPACITÉ. Pour constituer l'antichrèse. 517. — Et pour constituer le gage. 85.

CAUTION. Voy. *Pleige*. Avantages du gage sur le cautionnement. 2. — Proverbe de Loisel sur les inconvénients de la caution. 2. — Le cautionnement est

un contrat de sûreté. 2. — En quoi il diffère du gage et du nantissement. 35.

Choses susceptibles de gage mobilier. 51. — Du gage de la chose d'autrui. 59. — Détails à ce sujet. 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73. — Dans le commerce, le gage de la chose d'autrui est très-fréquent. 75, 109, 251. — Voy. *Effets négociables*, *Meubles incorporels*, *Créances*. — Garde et conservation de la chose donnée en gage. 424 et suiv.

Clause *de voie parée*. 563.

Code civil. Son influence sur le droit commercial. 121. — Voy. aussi *Préface*.

Commerce. Autorité de l'usage, *Préface* et n° 122.

Commissionnaire. A un gage tacite pour ses avances. 42. L'art. 93 du Code de commerce, qui traite du privilége du commissionnaire, n'est pas limitatif. 147. — L'art. 93 du même Code ne l'est pas non plus. 157. — Cet article donne privilége pour tous les cas de commission. 158. — Le commissionnaire perd son privilége, s'il perd la possession. 350, 351, 352. — Moyen qu'il y a pour conserver la possession, alors qu'il expédie la chose et la fait voyager. 351 et 371. — Le commissionnaire pour acheter a-t-il la revendication de la marchandise qu'il a expédiée à son commettant? Examen de cette question. Réfutation de quelques erreurs. 354, 355 et suiv. — Ce commissionnaire est-il censé être à l'égard de son commettant un vendeur fictif. 357 et suiv. — Est-il subrogé à celui qui lui a vendu. 358 et suiv. — Le Code de commerce n'a nulle part attribué une revendication au commissionnaire. 366.

Commissoire (pacte commissoire). — Ce pacte a été proscrit afin de protéger le débiteur contre de graves abus. 377 et suiv., et 559. — Voy. *Pacte commissoire*.

Compensation. De la compensation des fruits et des intérêts dans l'antichrèse. 565 et suiv.

Compte des fruits dans l'antichrèse. 534.

Confiance. La confiance appelle la confiance; mais il ne faut pas la pousser à l'excès. 2.

Connaissement. C'est un moyen de saisir le gagiste de la marchandise expédiée. 322 et suiv. — Son caractère. 322. Ses effets et sa puissance. 323. — La remise du connaissement opère quelque chose de plus qu'une tradition feinte. 325. — La livraison de la marchandise en route se fait par la délivrance du connaissement. 328, 329. — Le connaissement peut être à ordre. 322. — Mais alors l'endossement ne transfère la possession privilégiée qu'autant qu'il est régulier. S'il est irrégulier, il ne vaut que comme procuration. 330 et suiv. — Le connaissement n'est pas toujours négociable. 337. — Inutilité de l'endos d'un connaissement non négociable. 337. — Le connaissement peut servir de moyen de retenir la possession. 371.

Consignation. Les consignations faites d'emprunteur à prêteur résidant dans la même place, donneraient lieu à de graves abus si les tiers n'étaient protégés par de sages formalités. 130. — Des consignations du dehors et des consignations d'une même place. 143, 154 et suiv. — Des sous-consignations. 251. 169. — Utilité des consignations. *Préface*, p. IV.

Contrainte par corps. Elle a été mitigée avec raison. Elle n'a plus les caractères qu'elle avait jadis. 3.

Contrat accessoire. Le nantissement est un contrat accessoire. 24.

Contrat de bienfaisance. Le nantissement est intéressé de part et d'autre. 32.

Contrat pignoratif. Détails sur ce contrat. 507, 508, 509, 510, 525, 530, 531.

Contrat réel. Le nantissement est un contrat *réel* ou parfait par la chose. 25. — La tradition y est nécessaire. 25. — L'antichrèse est un contrat réel. 524.

Contrat synallagmatique. Le nantissement n'est pas un contrat parfaitement synallagmatique. 31. — Explication d'une proposition de Justinien à cet égard. 31.

Contrat de sûreté. Cautionnement, hypothèque, nantissement. Ils sont les forteresses du droit civil. 2.

Consentement. Du consentement dans le contrat de nantissement. 27.

Conservation. De la conservation de la chose donnée en gage. 421.

Crédit. Il faut qu'il prenne ses précautions pour éviter les surprises. 1. — Il s'appuie souvent sur la chose plus que sur la personne. 3. — Car le crédit personnel est souvent fragile. 2, 3. — Le crédit d'un négociant doit pouvoir se passer de ses immeubles. *Préface*, p. VII.

Créances. Du gage des créances. 261, 262 et suiv. — Voy. *Effets négociables* et *Meubles incorporels*. Nécessité de la signification du transport. 265, 266. — Des significations tardives. 270 et suiv. Des significations faites après la faillite. 275, 276 et suiv. — Le gage des créances n'est valable que lorsque le créancier a été nanti des titres. 277 et suiv. — Du gage des effets négociables. 282 et suiv.

Créancier. Droit du créancier sur le gage. 420 et suiv. — Ses obligations pour la garde et la conservation de la chose. 424 et suiv.

D

Dation en payement. L'antichrèse contient une dation en payement. 535 et 594.

Date certaine de l'acte de nantissement. 197.

Défiance dans les rapports de société; il ne faut pas trop de défiance; mais il ne faut pas trop de confiance dans les rapports d'affaires. *Vigilantibus jura scripta sunt*. 2.

Dépenses. Des dépenses faites à la chose engagée par le gagiste. 434. — Des dépenses nécessaires et utiles. 435 et 436. — Des dépenses exagérées de la part de l'antichrésiste. 543.

Dépôt. Différence du gage et du dépôt. 34 et 426. — Le gage est un dépôt entre les mains du gagiste. 420.

Dépôt public. Halle au blé, douane. Quand le gagiste est il censé posséder la chose déposée dans un dépôt public. 305 et suiv. — Voy. *Transfert* et *Douanes*.

Dépositaire, a un gage tacite. 45.

Dessaisissement. Le gage dessaisit : c'est un inconvénient que n'a pas l'hypothèque. 8 et 9.

Dot. Si la femme dotée qui s'est réservé le droit d'aliéner sa dot peut la donner à antichrèse. 523.

Droit. Coup d'œil sur cette science et sur la manière de l'étudier. *Préface*, p. VI.

Droit canon. Il condamne l'antichrèse. 501.

Droit civil. Base du droit commercial. Exposition de cette idée. *Préface*, p. IV, V et suiv.

Droit commercial. Influence qu'il reçoit du Code civil. 121. V. aussi *Préface*, p. IV et suiv. — Ses règles sur la preuve des obligations. 131. 137. — Méthode à suivre dans son interprétation. 156. — Le droit commercial est très-riche en matière de gage. 214. Voy. aussi *Préface*, p. IV.

Droit des gens. Le nantissement est un contrat du droit des gens. 33.

Droit réel. On ne peut donner en gage un droit réel sur un immeuble. 295. — L'antichrèse ne donne pas un droit réel. 524, 573, 582.

E

Effets négociables. Formalités du gage d'effets négociables. 148, 272, 153. — Détails particuliers à

ce sujet. 282, 283. — Et des nantissements de lettres de change. 283, 284. — Des valeurs industrielles négociables. 286. — Des reconnaissances du mont-de-piété. 291. — Des valeurs au porteur. 287. — Mode de vente du gage quand il consiste en effets publics. 407.

Égalité entre créanciers dans une faillite. Observations sur ce principe. 106.

Endossement. L'endossement irrégulier du connaissement ne vaut que comme procuration. 330 et suiv. — L'endossement d'un connaissement à personne désignée ne vaut que comme simple mandat. 338. — On ne peut pas faire circuler par endossement une lettre de voiture qui n'a pas été créée à ordre. 341.

Engagement. Du contrat d'*engagement*. Différence avec l'antichrèse. 504. — Rôle historique de l'*engagement*. Voy. *Préface*.

Enregistrement. Droit sur les consignations commerciales. 123.

Équité. Le nantissement emprunte ses règles essentielles à l'équité. 33.

Errements de procédure. Sens et origine de ce mot. *Préface*, p. IV.

Esclaves donnés en gage chez les Romains. 53. — Il y en a des exemples aux colonies. 53.

Étymologie. Les jurisconsultes romains n'ont pas toujours été forts en étymologie. 6. — Exemple pris de la mauvaise étymologie qu'ils donnent du *pignus*. Ils font venir à tort ce mot de *pugnus*. 6.

Expédition de la marchandise. — Importance de la convention d'expédition dans les matières de consignation. 131, 132 et suiv. — Quand le gage porte sur des marchandises expédiées, on ne suit pas les formalités de l'art. 2074 du C. civ. 156. — Mais faut-il que l'expédition soit faite nommément et directement. 160 et suiv. — Celui à qui l'expédition est faite ne peut il pas consigner lui-même à un autre la chose expédiée et donner privilége en transmettant le connaissement ou la lettre de voiture. 160. — Conditions nécessaires pour qu'il y ait expédition dans le sens de la loi. 160, 161. — On peut vendre et mettre en gage la chose expédiée. 161. — L'expédition dispense de l'article 2074 lors même que les parties habitent la même place. 164, 165, 168, 170. — Quand commence l'expédition. 303. — Du connaissement comme moyen de saisir le gagiste de la marchandise qui voyage. 322, 323 et suiv. — Moyens de conserver la possession de la marchandise qu'on expédie. 351 et suiv., 371, 372.

F

Facture. De la facture comme moyen de saisir le gagiste. 319. — Peut-elle être à ordre. 320. — Le porteur de la facture est censé maître de la chose. 335.

Faillite. De l'égalité des créanciers dans un cas de faillite ; observation sur cette règle d'égalité dont on fait quelquefois mauvais usage. 106. — Au moment de la faillite, il se fait souvent des détournements désespérés que la loi a voulu prévenir. 105, 173, 179, 180, 187, 188. — Influence de la faillite sur le privilége du gagiste. 257 et suiv., 275, 276, 347, 348. — Des significations de transport en gage faites après la faillite. 276 et suiv.

Faute. De la faute en matière de gage. 424 et suiv. — Et dans l'antichrèse. 541.

Femme mariée. Sa capacité pour donner ses biens à antichrèse. 520.

Fiducie. Dépenses de la fiducie à Rome. 5. — Rôle qu'elle a joué et comment elle a disparu. 5. — Fut le mode primitif de constituer le gage. 384.

Force majeure. Elle n'est pas imputable au gagiste. Quand y a-t il force majeure. 431.

Formalités du gage. En droit civil. 110. — Et en droit commercial. 115 et suiv., 137, 139. — Formalités du gage pour les effets négociables. 145. — Et pour le privilége de l'ouvrier. 148. — Et pour les opérations des banques publiques. 151. — Et pour le cas où la marchandise a été expédiée. 156, 157 et suiv., 164, 165, 166, 170. — Dans ce cas, on ne distingue pas la qualité du prêteur. Quand même il ne serait pas commissionnaire, il a privilége sur la marchandise expédiée de place en place. 159. — Condition de l'expédition. 160, 161. — Formalités du gage pour le cas où les parties habitent des places différentes, mais où le gage est sur la place du débiteur. 171, 172 et suiv. — Détail des formalités que doit contenir l'acte de nantissement. 180 et suiv. — Les tribunaux sont sévères sur l'observation de ces formes. 193. — Des nantissements déguisés sous forme de vente. 204, 307. — L'art. 2074 est-il applicable en matière commerciale quand l'avance précède la réception du gage. 218, 219, 220, 221 et suiv. Voy. *Avances*. — Formalités de l'antichrèse. 514.

Fruits. Saisie des fruits de la chose donnée à antichrèse. 594. — Des fruits de la chose engagée. 437. — Des fruits dans l'antichrèse et de leur compensation avec les intérêts. 497, 565. — Caractère des ventes de fruits. 519. — Et leur effet. 580. — Compte des fruits dans l'antichrèse. 534. — De l'influence de la saisie de l'immeuble sur les fruits cédés à l'antichrésiste. 595.

G

Gage. Sûreté du gage. Ses avantages sur le cautionnement. 2. — Le gage a l'inconvénient de dessaisir. L'hypothèque a sur lui un avantage marqué sous ce rapport. 9. — Historique du gage. 17. — Existant chez les Juifs. 17. — Et chez les Grecs. 18. — Chez les Romains. 18. — Chez les barbares. 19. Voy. la *Préface*, pages III et suiv. — Gage de bataille. *Préface*, page III. — Étymologie du mot *gage*. 22. — A proprement parler, il ne s'applique qu'au nantissement des meubles. 21, 22. — Cependant il a quelquefois plus d'étendue. 22. — Du gage tacite. 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 148. — En quoi il diffère du gage conventionnel. 49, 246. — Le nantissement des choses mobilières s'appelle *gage*. 50. — Des choses susceptibles de gage. 51 et suiv. — On argumente quelquefois de la vente au gage. 51, 85. — Le fin du gage est de convertir la chose en prix. 52. — Gage des choses d'autrui. 59 et suiv. — Différence du gage et de l'antichrèse. 588. — Les emprunts sur gage se font souvent au profit de personnes qui ne veulent pas être connues. 7, 9. Des sous-gages. 82, 169, 251. — Le gage s'étend aux accessoires. 84. — Des personnes capables de conférer un gage. 85 et suiv. — Du privilége du gagiste. 89. — Utilité de ce privilége. 89, 90. — Son origine. 91. Voy. *Privilége du gagiste*. — Le gage donne un droit réel. 96. — Gage de la chose expédiée. 161. — A quoi s'étend le gage et le droit privilégié du gagiste. 207 et suiv. Voy. *Avances*. — On ne peut donner en gage un droit réel sur un immeuble. 205. — Des gages d'immeubles sous forme de vente. 204, 307. — Le gage peut être donné par un tiers. 375, 376. — Vente du gage. 406 et suiv. — Le gage ne prive pas le débiteur de la propriété de la chose. 416 et suiv. — Retrait de la chose engagée. 410. Voy. *Vif-gage* et *Mort gage*.

Gagière. Définition de ce contrat dans la coutume de Metz. 505.

H

HYPOTHÈQUE. Elle est une extension perfectionnée du cautionnement. 3. Voy. la *Préface*. — Elle n'a été établie qu'après le nantissement proprement dit. 4. — En quoi elle diffère du nantissement. 4, 38. — Avantage qu'elle a sur le gage. 8 et 9, 38. — Elle vient des Grecs; aperçu de son adoption à Rome. 10. — De la concurrence des créanciers hypothécaires avec l'antichrésiste. 572 et suiv. — L'antichrèse est bien moins favorable au crédit que l'hypothèque. *Préface*, page VII.

I

IMPENSES. — Des impenses faites à la chose par le gagiste. 434. — Impenses nécessaires et utiles. 435.

INDIVISIBILITÉ DU GAGE. 480 et suiv.

INTÉRÊT. L'intérêt n'est pas toujours contraire à la bonne foi. 32.

INTÉRÊTS. Des intérêts d'une créance donnée en gage. 430. — Compensation des intérêts avec les fruits dans l'antichrèse. 407 et suiv. et 565 et suiv.

L

LETTRE DE VOITURE. Est un moyen de mettre le gagiste en possession de la chose qui voyage. 330. — Peut être faite à ordre. 340. — On ne peut la négocier que lorsqu'elle a été créée à ordre. 341. — Formes de la lettre de voiture. 342.

LOCATEUR. Passe après le gagiste. 103.

LOUAGE. Renferme un gage tacite. 40.

M

MAGASIN. Sens de ce mot dans le droit commercial. Partout où est la marchandise dont le négociant a la disposition, là est son magasin. 304.

MAISON DE PRÊT SUR GAGE. De celles qui sont autorisées conformément à l'article 2084 du Code civil. 485.

MANDAT. Du mandat renfermé dans l'endos. 332 et suiv.

MANDAT TACITE se présume facilement en matière de gage. 79.

MANDATAIRE. Le gagiste peut utilement posséder par le ministère d'un tiers, son mandataire. 345. — Du mandataire obligé en nom personnel, et du mandataire *nudus minister*. 350.

MARCHANDISE. A des qualités très-propres au gage. *Préface*, p. IV.

MEUBLES. En fait de meubles, la possession vaut titre. Application de cette règle au gage de la chose d'autrui. 73, 74, 75 et suiv.

MONT-DE-PIÉTÉ. *Préface*, p. III. — Des monts de piété; leur origine, leur développement, leurs fonctions; leur privilége en matière de gage établi par l'article 2084 du Code civil. 485 et suiv.

MORT-GAGE. C'était le nom de l'antichrèse. 503. Origine de cette dénomination. 503. Caractère du mort-gage dans la Flandre. 505.

MEUBLES INCORPORELS. Du gage des meubles incorporels. 261, 262. — De la signification du transfert de la créance. 265, 266. — Voy. *Signification*. Le gagiste doit recevoir les titres. 277 et suiv. — Du gage des effets négociables. 282 et suiv. — Voy. *Effets négociables*. — Sens des mots : *meubles incorporels*. 294.

N

NANTISSEMENT. Son origine. Esprit qui a présidé à son établissement. 1. — Son utilité et ses avantages sur le cautionnement. 2. — Le crédit a besoin de s'appuyer sur la chose. 3. — Nantissement de choses corporelles et incorporelles, mobilières et immobilières. 4. — Différence entre l'hypothèque et le nantissement. Forme du nantissement en droit romain. 5. — De la fiducie. 5. — Du *pignus* ou gage d'après le droit naturel. 6, 7. — Inconvénient du dessaisissement occasionné par le gage. 8. — Du nantissement et de l'hypothèque. 9 et 10. — Actions découlant du nantissement. 13, 20, 30. — Le gage ou nantissement se trouve chez tous les peuples civilisés. 17. — Son histoire. 17, 18, 19. — Voy. aussi la *Préface*. Étymologie du mot *nantissement*. 20, 21. — Le nantissement est un contrat accessoire. 21. — Il suppose une dette principale. 24. — Est un contrat réel ou parfait pour les choses. 25. — La tradition y est nécessaire. 25, 26, 27. — N'est pas parfaitement synallagmatique. 31. — Est intéressé de part et d'autre. 32. — Est du droit des gens et fondé sur l'équité. 32, 33. — Différence entre le nantissement et le prêt et le dépôt. 34. — Et le cautionnement. 35. — Et l'otage. 36, 37. — Le nantissement affecte quelquefois les formes de la vente. 39. — Du nantissement tacite. 40 à 49. — Le nantissement des meubles s'appelle *gage*. 50. Voy. ce mot. — On ne peut donner un droit réel en nantissement. 295.

O

OTAGE. Rapport de l'otage et du nantissement. 36. — Caractère de l'otage. En quoi il n'est pas comparable au gage de la chose. 36. — Il n'est guère pratiqué que dans les traités de paix. 37.

OUVRIER. A un gage tacite sur la chose ouvrée et par lui détenue. 41. — De l'ouvrier qui améliore la chose par son travail. Conservation de son privilége. 148.

P

PACTE COMMISSOIRE. Ce pacte est une source d'abus; c'est pourquoi il a été proscrit. 377 et suiv. — Diverses questions à ce sujet. 386 et suiv. — Du pacte commissoire dans l'antichrèse. 550 et suiv.

PERSONNES capables de conférer un gage. 85. — Et une antichrèse. 517 et suiv.

PIGNORATIF. Contrat pignoratif. 507, 508, 509, 510 et suiv., 520, 530, 531.

PIGNUS. C'était chez les Romains le gage suivant le droit naturel. 6. — Définition de ce mot par les jurisconsultes romains. 6. — Portée primitive du *pignus*. 7, 12, 13. — Sens plus ou moins étendu du mot *pignus* dans le droit romain. 16.

PLACE DE COMMERCE. Qu'entend-on par là. 142. — Des commerçants qui vendent sur la même place ou dans des places différentes. 143. — Importance de ce point pour distinguer les consignations du dehors ou celles de la même place. 143, 144, 180. — Des opérations faites en passant dans une place étrangère. 144.

POSSESSION. En fait de meubles, possession vaut titre. Application de cette règle au gage de la chose d'autrui. 72, 73, 74, 75 et suiv. — La possession sert de base au privilége du gagiste. 96, 97. — Sans possession, point de privilége de gagiste. 97, 98, 99. — Caractère de cette possession. 99. — L'ouvrier perd son privilége en perdant la possession. 150. — La signification du transport en gage est une prise de possession. 276. — Pour que le gagiste à qui des créances ont été données en nantissement soit censé mis en possession, il faut que les titres lui soient livrés. 277. — La possession est indispensable pour que le gagiste puisse réclamer un privilége. 296 et suiv. — Caractères que doit avoir cette pos-

session. 289. — Doit-elle être réelle, et faut-il écarter la possession appelée *feinte*. 299, 300 et suiv., 315, 316. — Possession de la marchandise qui voyage. Comment le gagiste peut-il l'acquérir. 303, 304 et suiv. — De la possession de la chose qui ne voyage pas. Quand est-elle censée avoir lieu. 304. — Des dépôts publics. 305. — Le gagiste peut avoir la possession de la chose, bien qu'il soit convenu que le débiteur la soignera. 309 et suiv. — Du mélange de plusieurs possessions. 315, 316, 317. — Le connaissement procure quelque chose de plus qu'une possession feinte. 325, 320. — De la possession à l'arrivée de la marchandise; quand le gagiste en est-il saisi. 344, 345. — Le gagiste peut posséder par un tiers. 345. — Époque à laquelle la prise de possession est tardive, et de la possession postérieure à la faillite. 257, 258, 274, 275, 276, 347, 349. — Le gage se perd avec la possession. 350. — Moyen de la retenir en cas d'expédition. 351 et suiv., 371. — Possession du gage remise à un tiers convenu, 372, 374. — De la possession dans l'antichrèse. 515, 533.

Pleiges. Proverbe de Loisel sur les pleiges ou cautions. 9, 35.

Pothier. Son éloge. *Préface*, p. XIV et suiv.

Prescription. De la prescription en matière de gage. 478, 475. — La possession de l'antichrésiste empêche la prescription contre lui. 551.

Prêt. Si tous les hommes étaient parfaits, on prêterait à la probité plus qu'à la propriété. 2. — Différence du prêt et du gage. 34. — Le prêt sur consignation est favorable dans le commerce. Il a privilége sur les marchandises expédiées au prêteur. 105, 150, 174. — Des prêts successifs et de leur privilége sur le gage. 256. Voy. *Avances*.

Préteur romain. Beaucoup de choses favorables à l'équité lui sont dues. 15.

Priviléges *du gagiste*. 89 et suiv. — Son utilité. 89, 90. — Son origine. 91. — Il est très-ancien dans le droit français. 94, 95. — Il confère droit spécial, réel et privilégié. 96. — Il a son fondement dans la possession du gagiste. 96. — Ce privilége est favorable. 100, 106. — Et est préférable au privilége du vendeur. 100. — Et à celui du propriétaire locateur. 103. — *Quid* à l'égard des priviléges généraux. 104, 105. — Il n'est pas vrai que le privilége du gagiste doive être restreint. 106. — Il faut lui être équitable. 107. — Condition d'existence du privilége du gagiste. 108. — Sous le rapport de la forme : ancien droit, 108, 109. — Règles du Code civil. 110. — Mais ces règles spéciales ne sont établies qu'à l'égard des tiers. 114. — L'article 2074 est-il applicable au gagiste commercial. 115 et suiv. — Discussion développée à cet égard. 120 et suiv. — Il est applicable lorsque les deux négociants habitent la même place et qu'il n'y a pas expédition. 128, 139. — L'article 2074 est-il nécessaire pour le privilége du gagiste sur des effets négociables? 145. — Et pour le privilége de l'ouvrier qui a amélioré par son travail la chose qu'il possède? 148. — Et pour les banques publiques. 151. — Et pour le cas où la marchandise a été expédiée? 150, 157 et suiv., 164, 165, 170. — Conditions de l'expédition. 161. — L'article 2074 est-il applicable lorsque les parties commerçantes habitent des places différentes, mais lorsque la chose est dans le lieu de la résidence du débiteur, 171, 172 et suiv. — Détail des formalités que doit contenir l'acte de nantissement. 180. — Et rigueur de ces formes. 190. — Des nantissements déguisés sous forme de vente. 204. — Étendue du privilége du gagiste. Sens du mot *avances*. 207 et suiv. Voy. *Avances*. — Du consignataire et de son privilége. 169, 251. — Privilége des avances faites successivement. 256. — De l'influence de la faillite sur le privilége du gagiste. 257. — Du privilége du gagiste dans le cas où le gage est donné sur des meubles incorporels. 261, 262 et suiv. — De la possession nécessaire pour le privilége du gagiste. 295 et suiv. Voy. *Possession*. — Si l'on peut confondre le privilége avec le droit de rétention. 446.

Promesse. Des promesses de nantissement. 28, 237.

Propriété foncière. N'est pas la cause ordinaire et normale du crédit d'un négociant. *Préface*, p. VI, VII.

R

Réméré. Différence du réméré et du gage. 507 et suiv.

Renonciation. De la renonciation à l'antichrèse. 554 et 555.

Réparations. Des réparations dans l'antichrèse. 540.

Résidence du négociant. D'où s'induit-elle? Comment elle s'établit. 142, 143, 144, 180. Voy. *Place de commerce*.

Résolution de la vente. Si la revendication par le vendeur n'est qu'une résolution de la vente. 101. — De la résolution de la vente en droit commercial. 102.

Rétention (droit de). Originairement le *pignus* ne conférait qu'un droit de rétention 7, 12. — Droit de rétention de l'ouvrier. 41. — Du droit de rétention. 442 et suiv. — Sa nature. 444. — Si on peut le confondre avec le privilége. 440. — Rétention de l'antichrésiste. A quoi s'étend. 439. — Contre qui peut être opposée. 575 et suiv., 586.

Revendication accordée au vendeur. Son caractère, son fondement, sa portée. 101. — Le commissionnaire pour acheter, qui expédie la marchandise à son commettant, peut-il la revendiquer sans lui. 354, 355 et suiv. — Peut-on assimiler le commissionnaire à un vendeur fictif. 357. — La revendication ne doit pas être étendue : le droit commercial ne l'admet qu'avec des limitations et des réserves. 363, 364. — Le Code de commerce n'a nulle part attribué au commissionnaire un droit de revendication. 366. — Fondement de la revendication accordée au vendeur. 367, 368. — Revendication, par le débiteur, de la chose engagée. 419.

S

Saisie. Contient un gage tacite. 46. — Saisie-gagerie. Les meubles saisis y sont la gage du louage. 48. — Si les tiers peuvent saisir sur le gagiste la chose engagée. 458, 459. — Saisie de la chose antichrésée, et de son influence sur l'antichrèse. 593, 574 et suiv. — Des saisies de fruits et de leur influence sur l'antichrèse. 594.

Signification. Nécessité de signifier l'acte de nantissement de la créance. 365, 366 et suiv. — Elle rend les fraudes plus difficiles. 265. — Des significations tardives. 270 et suiv. — De la signification faite après la faillite 273, 274, 275. — La signification est une véritable prise de possession. 276.

Sous consignation. Voy. *Sous-gage*.

Sous-gage, en latin *sub pignus*. 82. — On peut donner en gage la chose engagée. 82, 423. — Les sous-consignations sont usitées dans le commerce. 251. — Le sous consignataire a-t-il privilége? 251. — Avantage des sous consignations. 303.

Subrogation. Si le commissionnaire pour acheter est subrogé à l'égard de son commettant au privilége de son vendeur. 358, 359 et suiv.

T

Tacite. Du gage tacite. 40 — Exemples fréquents. 40, 41, 42. — En quoi il diffère du gage conventionnel. 49, 246. — La règle : *eadem est vis expressi ac taciti* n'est pas toujours vraie. 49. — Mandat tacite se procure facilement en matière de gage. 79. — Gage tacite de l'ouvrier. 148.

Tiers. La loi commerciale est très-attentive à l'intérêt des tiers. 102. — Pour maintenir son privilége à l'égard des tiers, le gagiste a des formalités à remplir. 114. — Nécessité de proteger l'intérêt des tiers. 114, 139, 140. — Le gagiste peut utilement posséder par le ministère d'un tiers. 345. — Du cas où le débiteur et le créancier conviennent d'un tiers auquel sera remise la possession de la chose. 373, 374. — Le gage peut être donné par un tiers. 375. — Droit des tiers contre l'antichrésiste. 372 et suiv.

Tradition. Est de l'essence du nantissement. 25, 26, 27. — Mais il n'est pas nécessaire que le contrat commence par la tradition. 27. 241. — Époque à laquelle le gagiste la reçoit tardivement, et, par exemple, du cas de faillite du débiteur. 318, 349.

Transfert en douane. Son caractère et ses effets, pour la possession du gagiste, 305, 306.

Transport. Signification du transport en gage. 265, 266, 268. Voy. *Signification*.

U

Usage. Les usages du commerce doivent être respectés. *Préface*, p. v. — Leur origine. *Préface*, p. v, et nº 122. — Puissance des usages commerciaux. 324.

Usure. Le gage mobilier sert quelquefois de manteau à l'usure. *Préface*, p. III. — Le droit canon défendait l'antichrèse comme usuraire. 301.

V

Vendeur. Le privilége du vendeur est moins favorable que celui du gagiste. 100. — De la revendication accordée au vendeur en droit commercial. 367.

Vendeur fictif. Le commissionnaire pour acheter qui expédie la marchandise à son commettant est-il censé être à son égard un vendeur fictif? 357 et suiv.

Vente. Le nantissement affecte quelquefois la forme de la vente. 39. — Les nantissements de créances se font souvent sous forme de vente. 35. — On argumente quelquefois de la vente au gage. 51, 85. — De la revendication en cas de vendeur non payé. 101. — De la résolution de la vente en droit commercial. 102. — On peut vendre une chose expédiée. 161. — Des nantissements déguisés sous forme de vente. 204. 307.

Vente de fruits. Son caractère. 519. — Effet des ventes de fruits à l'égard des tiers. 576, 579, 580.

Vente de gage. 406 et suiv. — Originairement le *pignus* ne conférait pas au créancier le droit de vendre le gage. 7. — Comment ce droit de vente s'est introduit. 13. — Mode de vente du gage quand il consiste en effets publics. 407. — De la vente de la chose antichrésée à l'antichrésiste. 559 et suiv.

Vente à réméré. Le nantissement avait à Rome la forme de vente à réméré. 5. — Différence du contrat *d'engagement* et de la vente à réméré. Voy. *Préface* et nºˢ 507 et suiv., 528. 529.

Vif-gage. Sens de ce contrat 503.

Voie parée. Clause de la voie parée. 563.

Voiturier. A un gage tacite. 44.

Vol. Quand le vol doit-il être imputé à force majeure? 431.

FIN DE LA TABLE DU NANTISSEMENT, DU GAGE ET DE L'ANTICHRÈSE.

